

**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

**JURISDIÇÃO**  
Pernambuco - Alagoas - Ceará  
Paraíba - Rio Grande do Norte e Sergipe

Número 85 - Maio/Junho - 2010

R. TRF 5ª Região, nº 85, p. 1-398, Maio/Junho - 2010



**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

**Diretor da Revista  
DESEMBARGADOR FEDERAL  
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA**

Repositório de jurisprudência – versão eletrônica – credenciado pelo  
Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o nº 70  
(Portaria nº 05/2010, *DJe* de 13/04/2010, pág. 4173).

Administração

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
Cais do Apolo, s/nº - Bairro do Recife  
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados  
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação  
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ  
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: [www.trf5.gov.br](http://www.trf5.gov.br)

Correio eletrônico: [revista.dir@trf5.gov.br](mailto:revista.dir@trf5.gov.br)

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v. 1 (1989)  
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.  
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

# TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

**MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal

**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Desembargador Federal

**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** - 03.07.00

Desembargador Federal

**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal  
**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** - 19.09.01

Desembargador Federal  
**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS** - 15.08.03

Desembargador Federal  
**VLADIMIR SOUZA CARVALHO** - 27.02.08

Desembargador Federal  
**ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA** - 05.05.08  
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal  
**FRANCISCO BARROS DIAS** - 12.01.09

# **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO**

## **TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)**

Presidente: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Vice-Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO  
Corregedor: Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

## **PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)**

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente  
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA  
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

## **SEGUNDA TURMA (terças-feiras)**

Desembargador Federal PAULO DE TASSO B. GADELHA - Presidente  
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS  
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

## **TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)**

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente  
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO  
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

## **QUARTA TURMA (terças-feiras)**

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO





# SUMÁRIO

---

I - Jurisprudência .....	13
II - Índice Sistemático .....	387
III - Índice Analítico .....	391



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO PENAL PÚBLICA Nº 250-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA  
Indiciado: CARLOMANO GOMES MARQUES  
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO IRAPUAN PINHO CAMURCA E OUTRO (INDIC.)

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. VERBA REPASSADA PELO MINISTÉRIO DO BEM-ESTAR SOCIAL A UMA ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA. OBTENÇÃO INDEVIDA DE TRINTA POR CENTO DO TOTAL REPASSADO À ASSOCIAÇÃO UTILIZANDO-SE A CONTA-CORRENTE DE TERCEIRO PARA A MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES.**

**- Alegação de inépcia da denúncia e de extinção da punibilidade pelo advento da prescrição.**

**- Peça delatória que preenche os requisitos legais para o seu recebimento.**

**- Lapso prescricional não atingido, visto, nesta fase, calcular-se pelo máximo da pena em abstrato.**

**- Materialidade elucidada pela análise de movimentação bancária, dando conta da transferência indevida de valores para a conta de terceiro, bem como dos respectivos saques.**

**- Autoria identificada por meio de prova testemunhal que indicou a destinação dos recursos sacados.**

**- Procedência da pretensão punitiva.**

**- Considerando a pena concretamente aplicada e verificando que entre os primeiros marcos interruptivos da prescrição mais de dez anos se passou, forçoso é declarar extinta a punibilidade do réu pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar procedente a ação penal, fixando a pena do réu em um ano e quatro meses de reclusão, reconhecendo, em seguida, a extinção da punibilidade em face da prescrição, nos termos do voto do Relator. Vencidos, parcialmente, os Exmos. Srs. Desembargadores Federais MARCELO NAVARRO, MANOEL ERHARDT e, em maior extensão, os Desembargadores FRANCISCO CAVALCANTI e BARROS DIAS que também julgavam procedente a ação, mas enquadrando a conduta como peculato.

Recife, 14 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Convocado):

O Ministério Público Federal apresentou a Denúncia nº 24/2002 em desfavor do ex-Deputado Estadual pelo Ceará Carlomano Gomes Marques, narrando que no ano de 1992 o extinto Ministério do Bem-Estar Social repassou à Associação do Desenvolvimento Comunitário de Vila Antonico, em Quixelô, no Ceará, o montante de Cr\$ 100.000.000,00. Afirma, no entanto, que desse total, Cr\$ 30.000.000,00 foram desviados para a conta-corrente de Francisco Lemos Ferreira, motorista da Assembléia Legislativa do Ceará que estava à disposição do réu, tendo aquele sacado o total desviado e entregue no gabinete do denunciado.

A inicial acusatória entendeu que a conduta do réu se adequaria ao tipo definido no artigo 312 do Código Penal.

Com as respostas, diz o investigado que a denúncia é inepta, posto que omissa e contraditória, impossibilitando o regular exercício do direito de defesa. Afirma que a mesma não contém a informação de qual teria sido a real participação do acusado nos atos ilícitos que lhes são atribuídos e que houve a prescrição da pretensão punitiva estatal, impondo-se, portanto, a decretação da extin-

ção da punibilidade. Por fim, alega que não restou provado nos autos que o denunciado tenha praticado qualquer delito.

O Pleno desta Corte, ao receber a denúncia, deu nova definição jurídica ao fato, visto tratar-se de estelionato e não de peculato, em acórdão que restou assim ementado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. DEPUTADO ESTADUAL. COMPETÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TIPIFICAÇÃO. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. RECEBIMENTO.

1. Não é inepta a denúncia que expõe os fatos tidos por delituosos, a qualificação do acusado e a classificação do crime.

2. Se com as respostas, o denunciado não demonstra, de pronto, a ocorrência de qualquer das hipóteses do artigo 43 do Código de Processo Penal, a denúncia não deve ser rejeitada.

3. O réu se defende dos fatos e não da tipificação carreada *a priori* pelo *Parquet*. Verificando o julgador que os fatos narrados na exordial tipificam, em tese, outro crime que não o elencado, recebe-se a denúncia dando-se nova definição jurídica ao ilícito.

4. Denúncia recebida.

Ante esta decisão, foram opostos embargos de declaração que foram, à unanimidade, rejeitados e assim publicada a decisão:

Processual penal. Embargos de declaração. Alegação de nulidade por ausência de notificação pessoal para a sessão em que se apreciaria o recebimento da denúncia. Intimação efetivada pela publicação no Diário da Justiça. Embargos rejeitados.

O réu foi interrogado, ocasião na qual propugnou sua inocência, creditando a denúncia a retaliações de ordem política (fls. 338/339).

Apresentada defesa prévia, sustentou-se, como preliminares, a inépcia da denúncia, bem como a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição. No mérito, o réu afirmou que sequer conhecia a entidade beneficiada com o repasse de verbas do Ministério do Bem-Estar Social, não tendo portanto conhecimento

sobre os fatos nem qualquer participação neles, reafirmando sua primariedade e outros aspectos de índole pessoal que testemunhariam a seu favor elencando, ao final, o rol de testemunhas (fls. 341/355).

Foram ouvidas duas testemunhas relacionadas pela acusação e sete pela defesa.

Nos termos do artigo 10 da Lei nº 8.028/1990, foram intimadas a acusação e a defesa para requererem diligências.

O Ministério Público nada requereu.

A defesa, por sua vez, requereu “a realização de perícia grafo-técnica e grafológica requerendo que seja realizada perícia técnica nos cheques supostamente depositados na conta do referido motorista para aclarar a verdade real dos autos, requerendo seja o acusado intimado *oportuno tempore* para apresente quesitos periciais bem como indicar assistente técnico” (fl. 508).

Em decisão da Dra. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, desembargadora substituta, tal diligência foi indeferida com os seguintes fundamentos:

Não pairam dúvidas quanto às emissões dos referidos cheques, visto que a presidente da associação beneficiada pelo repasse dos recursos federais assim testemunhou. Mesma conclusão quanto à destinação deles, todos depositados na conta do motorista do réu, conforme rastreamento procedido pelo Banco Central do Brasil (fl. 71).

Assim, entendo que a perícia requerida não vai em nada contribuir para “aclarar a verdade real dos autos”, contribuindo apenas para a demora no julgamento do mérito da ação.

Com essas considerações, indefiro a diligência requerida. Nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.038/1990, intimem-se a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, alegações escritas.

Publique-se.

Recife, 13 de agosto de 2009.

(fl. 510)

Nas alegações finais, o Ministério Público Federal sustenta que os fatos restaram provados, visto que houve o depósito da conta-corrente do motorista do réu e ocorreram os respectivos saques,



bem como a entrega dos valores em seu gabinete conforme confessado pelo motorista na Polícia Federal e admitido pelo réu em Juízo (fls. 511/515).

Em suas alegações finais, o réu volta a se referir à inépcia da denúncia e à ocorrência da extinção da punibilidade. No mérito, reafirma que não há provas de que tenha participado do ilícito reportado, ou mesmo que sabia de sua ocorrência, requerendo a absolvição (fls. 516/531)

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Relator Convocado):

A denúncia expõe que no ano de 1992 o extinto Ministério do Bem-Estar Social repassou à Associação do Desenvolvimento Comunitário de Vila Antonico, em Quixelô, no Ceará, o montante de Cr\$ 100.000.000,00, no entanto, desse total, Cr\$ 30.000.000,00 foram desviados para a conta-corrente de Francisco Lemos Ferreira, motorista da Assembléia Legislativa do Ceará que estava à disposição do réu, tendo aquele sacado o total desviado e entregue no gabinete do denunciado.

Tem-se assim, que o fato criminoso está exposto com todas as suas circunstâncias, além de a denúncia constar a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol das testemunhas, não havendo que se falar em inépcia da denúncia, como já decidiu o Pleno desta Corte quando do recebimento da peça delatória.

Quanto à alegação de ocorrência da extinção da punibilidade, tenho que, *a priori*, esta não se operou, visto que nesta fase processual calcula-se a prescrição pelo máximo da pena cominada ao ilícito. Assim sendo, o lapso prescricional para o seu caso é de doze anos, tempo não transcorrido.

Passo à análise do mérito.

A materialidade do ilícito está devidamente demonstrada, visto que há provas materiais dando conta das transferências indevidas de valores para a conta do motorista do ex-deputado (fls. 90/92), bem como do respectivo saque (fl. 93).

Quanto à autoria, tem-se que o motorista do deputado, por orientação do mesmo, cedeu sua conta-corrente para receber depósitos de terceiros e, após a efetivação dos mesmos, efetuou o saque e entregou no gabinete do ex-deputado.

Tais fatos podem ser comprovados pelos depoimentos dos envolvidos no caso, conforme se vê adiante:

QUE não sabe dizer para quem entregou o dinheiro do cheque de TRINTA MILHÕES DE CRUZEIROS, mas que só entregava dinheiro, quando trocava cheque, para o Deputado e que realmente o declarante não tem nada a ver com isso, pois apenas fazia o que o seu chefe mandava e que mais uma vez afirma que não se recorda para quem entregou o dinheiro e que diz o declarante que só entregava dinheiro quando trocava cheque para o CARLOMANO (Declaração de Francisco Lemos Ferreira – fl. 31).

QUE com referência aos sos 03 cheques de fls. 142/144, afirma o declarante que foram depositados na sua conta mas não sabe quem fez esses depósitos, no entanto afirma que foi o Deputado CARLOMANO MARQUES quem pediu para que o reinquirido emitisse um cheque seu no valor dos três cheques anteriormente depositados em sua conta e fosse ao banco e sacasse a importância e o reinquirido trouxe a importância e entregou a uma pessoa que não conhece mas que estava naquele dia com CARLOMANO MARQUES; QUE afirma o reinquirido que entregou o pacote de dinheiro que recebeu do banco a uma pessoa que estava com o Deputado CARLOMANO MARQUES (Declaração de Francisco Lemos Ferreira – fl. 32)

QUE realmente teve depositado na sua conta bancária a quantia de Cr\$ 30.000.00,00; QUE não sabe de onde veio esse dinheiro; QUE uma pessoa, da qual o depoente não sabe o nome, pediu o número da conta-corrente do depoente, no gabinete do deputado Pinheiro Landim; QUE o depoente entregou o número de sua conta-corrente a pedido de Carlomano; QUE Carlomano não disse ao depoente qual era o motivo da utilização da conta do depoente (Depoimento de Francisco Lemos Ferreira – fl. 381)

QUE Francisco Lemos Ferreira é pessoa de sua confiança há mais de duas décadas, fazendo-lhe várias tarefas, dentre os quais lhe confia a tarefa de transportar os seus

filhos; QUE não lembra desse caso especificamente; QUE sabe com certeza que atende uma gama de pleitos que lhes chegam em seu gabinete; QUE o que deve ter ocorrido é que solicitou a seu funcionário, Sr. Francisco Lemos, para atender esse grupo (Interrogatório do réu – fl. 337)

Assim, pelos elementos de prova da materialidade e autoria criminosas, julgo procedente a pretensão acusatória, tendo o réu como incurso nas penas do crime de estelionato, visto ter havido a sua participação efetiva na obtenção de vantagem ilícita, mantendo o extinto Ministério do Bem-Estar Social em erro, mediante o artifício de usar a conta-corrente de terceiro para desviar recursos.

A culpabilidade do réu deve ser considerada de grau elevado, tendo em vista ser à época Deputado Estadual, nobre função que implica em atuar fiscalizando as contas do Poder Executivo, tendo o mesmo não só se desviado de sua função mas atuando como estelionatário, envolvendo um terceiro em sua empreitada criminosa.

Os antecedentes do réu não demonstram ser pessoa voltada para as atividades criminosas.

Quanto à conduta social e à personalidade do agente, não há nos autos elementos que deponham contra si.

Os motivos da prática criminosa são os típicos para o crime em testilha.

As circunstâncias, bem como as consequências do crime não constituem gravame ao réu, visto não haver nelas elementos que requeiram maior reprimenda.

A vítima não contribuiu para o ilícito, circunstância que pesa contra o agente.

Por essas razões, fixo a pena-base em um ano de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes gerais, bem como causa de diminuição. No entanto, há a causa de aumento definida no § 3º do artigo 171 do Código Penal, motivo pelo qual majoro a pena em um terço, resultando na pena final de um ano e quatro meses de reclusão.

Observando que a pena é inferior a quatro anos e que as circunstâncias judiciais assim o autorizam, fixo o regime inicial de cumprimento da pena de reclusão em regime aberto.

Quanto à pena de multa, considerando a análise das circunstâncias judiciais, fixo-a em trinta dias-multa, à razão de um salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos quando da execução.

A extinção da punibilidade pelo advento da prescrição é matéria de ordem pública, devendo ser declarada pelo julgador a qualquer tempo, consoante estabelece a Lei Adjetiva Penal em seu artigo 61.

Condenado o réu a um ano e quatro meses de reclusão, ocorre a prescrição em 4 anos, a teor do artigo 109, V, da Lei Substantiva Penal.

Entre a época do ilícito (1992) e a época do recebimento da denúncia (2003), transcorreu mais de dez anos, daí a verificação da prescrição da pretensão punitiva, esta regulada pela pena concretamente aplicada.

Por essas razões, declaro extinta a punibilidade do réu.

É como voto.

## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.276-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT  
Autores: EMIZAEAL ARAÚJO MOURA E NAIR AGUIAR DE ARAÚJO  
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Advs./Procs.: DRS. REGINALDO AYRTON PEQUENO VASCONCELOS E OUTRO (AUTORES) E RENATO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE E OUTROS (RÉ)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA QUE RECONHECEU O DIREITO DA CEF DE REAVER IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FA-***

**TO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PEDIDO DE REJULGAMENTO DA LIDE (IUDICIUM RESCISORIUM) QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.**

**- Ação rescisória com o objetivo de desconstituir sentença proferida pela 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que julgou procedente ação reivindicatória proposta pela Caixa Econômica Federal - CEF, autorizando a referida instituição bancária a imitir-se na posse de imóvel ocupado pelos autores desta presente ação.**

**- Alegação da existência de erro de fato sob o argumento de que não houve, na ação originária, a citação de ambos os cônjuges, o que é imprescindível em se tratando de uma ação judicial que envolva direitos reais imobiliários, conforme determinação do art. 10 do CPC. Pedido de rejulgamento da lide consistente no reconhecimento por parte desse Tribunal da ocorrência da prescrição aquisitiva por usucapião especial urbana, prevista no art. 183 da Constituição Federal.**

**- O pedido de rescisão da coisa julgada não precisa limitar-se, na ação rescisória, à solicitação de anulação da deliberação inquinada, sendo facultado à parte autora da ação rescisória, a teor do art. 488, I, do CPC, cumular o pedido de rescisão da coisa julgada (iudicium rescindens) com o de novo julgamento da causa submetida anteriormente ao exame jurisdicional (iudicium rescissorium).**

**- Contudo, o pedido de rejulgamento da lide (iudicium rescissorium) deve apresentar-se intimamente ligado ao mérito da decisão rescindenda, não podendo o autor fomentar pedido que extrapole o contexto fático-jurídico preexistente, como na hipótese dos autos. Precedentes Jurisprudenciais: STJ, REsp 240.949-PR, Rel. Min.**

**JOSÉ DELGADO, DJU 13.03.00, p. 164 e TRF1, AR 200001001342076, Rel. Des. Federal Convocada DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO, DJU 14.04.03, p. 12.**

**- O acolhimento de ação rescisória com fundamento no inciso IX do art. 485 do CPC (erro de fato) pressupõe que o Juiz tenha considerado existente fato inexistente ou tenha considerado inexistente o fato existente, a partir de prova trazida aos autos, cuja observância, sem errônia, modificaria o resultado da contenda; não se admite na ação rescisória proposta com esse fundamento, a produção de quaisquer novas provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido, ou a existência do fato inadmitido, pelo Juízo que proferiu a decisão rescindenda.**

**- No caso em tela, além da sentença rescindenda só ter cuidado de questão de direito, os autores também não apontam quais os atos ou documentos da causa que existiram e foram omitidos pelo decisum ou que não existiram e foram por ele considerados. Apenas alegam a ausência de citação de um dos cônjuges, prevista no art. 10 do CPC, sem contudo trazer aos autos os elementos realmente necessários a caracterizar o erro de fato.**

**- Tal exigência é indispensável ao desfazimento do julgado com fulcro no inciso X do art. 485 do CPC, consoante jurisprudência assente nesta Corte Regional (TRF5, AR 6.071-PE, Des. Federal VLADIMIR CARVALHO, DJU 16/06/2009, p. 211).**

**- A ação rescisória não se presta para re julgamento do processo original, somente sendo cabível diante das causas expressamente elencadas no art. 485 do Código de Ritos.**

**- Ação rescisória improcedente. Sem condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 6.276-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 14 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. EMIZAEAL ARAÚJO MOURA e NAIR AGUIAR DE ARAÚJO interpuseram Ação Rescisória com o objetivo de desconstituir sentença proferida pela 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que julgou procedente Ação Reivindicatória proposta pela Caixa Econômica Federal - CEF, autorizando a referida instituição bancária a imitir-se na posse de imóvel ocupado pelos autores desta presente ação.

2. Alegam, em suma, que a sentença merece ser rescindida com fulcro no inciso IX do art. 485 do CPC (erro de fato), haja vista que não houve, na ação originária, a citação de ambos os cônjuges, o que é imprescindível em se tratando de uma ação judicial que envolva direitos reais imobiliários, conforme determinação do art. 10 do CPC. Dizem os autores que *“ao eleger e citar o réu suposto (erro comissivo principal), e, uma vez feito isso, não se fez o que então se deveria (erro omissivo superveniente), pois sob qualquer juízo é imperativo de lei ... que, naquele tipo de ação, sendo o marido citado, sua mulher também o seja, pois é ela que mais propriamente reside no imóvel e dele tem domínio pleno”*.

3. Trazem como pedido a ser acatado no re julgamento da lide, o reconhecimento por parte desse Tribunal da ocorrência da pres-

crição aquisitiva por usucapião especial urbana, prevista no art. 183 da Constituição Federal, porquanto esta não foi observada pela decisão rescindenda que desconsiderou o fato dos autores terem adquirido a posse do imóvel de boa-fé e já o estarem utilizando, mansa e pacificamente, com absoluto *animus domini*, como moradia, há dois anos, tempo que, somado aos outros quatro anos mantidos pelo vendedor da posse, justificaria o reconhecimento do instituto processual citado.

4. Contestado o pedido rescisório, a CEF argumenta, em síntese, que, na ação de Imissão de Posse não se discute direito real imobiliário, razão suficientemente lógica a não se lhe aplicar o disposto no art. 10, § 1º, I, do CPC. Esclarece que a imissão no bem se deu com base no direito de propriedade adquirido com a adjudicação; pleiteou-se, pois, a posse do bem, e não a sua propriedade. Desta forma, conclui pela impertinência das alegações autorais em deduzir que a ação de imissão possua conteúdo real imobiliário.

5. Razões finais apresentadas por ambas as partes, após o que os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal.

6. O *Parquet*, em seu parecer de estilo, opinou pela improcedência da Ação Rescisória, por considerar que há limites no pedido rescisório que não pode ter por objeto o rejuízo da causa. Entendeu, ainda, que não restou demonstrada a ocorrência de erro de fato capaz de ensejar a rescisão pretendida, com fundamento no art. 485, IX, do CPC. Eis a ementa de seu opinativo:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REJULGAMENTO DA CAUSA. LIMITES DO PEDIDO. ERRO DE FATO.

1. "(...). 1. O pedido em Ação rescisória deve apresentar-se intimamente vinculado com o mérito da decisão rescindenda. 2. Não pode prosperar Ação Rescisória com base em argumentos novos, diferentes daqueles que foram discutidos no círculo do acórdão que se pretende desconstituir." (Precedente do STJ, REsp 240.949/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15.02.2000, DJU 13.03.2000, p. 164).

2. O acolhimento de rescisória com fundamento do inciso IX, do art. 485, do CPC, por erro de fato, pressupõe que o juiz tenha considerado existente o fato inexistente, ou te-



nha considerado inexistente o fato existente, a partir de prova trazida nos autos, cuja observância sem erro modificaria seu entendimento a respeito da contenda.

3. Para que seja admitida a rescisão de sentença com fundamento do inciso IX, do art. 485, do CPC, o alegado erro de fato deve ser apurável mediante exame da prova que já constava dos autos do processo onde foi proferida a decisão que se pretende rescindir. (Fl. 73).

7. Este é o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. O cerne da presente ação rescisória consiste em perquirir se a sentença rescindenda, ao reconhecer o direito da CEF, como proprietária do imóvel em questão, em imitar-se na posse deste, teria (ou não) incorrido em erro de fato, conforme previsto no art. 485, IX, do CPC, uma vez que, na demanda, não cuidou de providenciar a citação de ambos os cônjuges para compor o pólo passivo da demanda, conforme dispositivo do art. 10 do CPC. E, sendo a sentença rescindível, assegurar, no rejugamento da causa, a ocorrência do instituto da usucapião especial urbana (art. 183 da CF).

2. Preliminarmente, defiro os benefícios da justiça gratuita pleiteados pelos autores, porquanto, segundo a orientação do art. 4º da Lei 1.060/50, a simples afirmação de que a parte não possui condições econômicas de pagar custas processuais nem honorários, sem prejuízo do seu sustento e de seus familiares, é suficiente para o atendimento do pleito, máxime quando a parte adversa, como ocorreu no presente caso, não refuta tal alegação de miserabilidade.

3. No mérito propriamente dito da demanda desconstitutiva, cingo-me, *ab initio*, a analisar o pedido de reconhecimento “*da prescrição aquisitiva por usucapião urbana*”.

4. Compulsando os autos, observa-se, no teor da decisão rescindenda (fls. 67/70), que o pedido formulado na ação de conhecimento cuidou, unicamente, de reconhecer o direito da CEF de rea-

ver o imóvel de sua propriedade que se encontrava ocupado pelos ora autores. Tanto é assim que a decisão rescindenda, em sua parte dispositiva, se viu vazada nos seguintes termos:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a parte ré EMIZALARAÚJO MOURA, ou outro que tenha ingressado no imóvel durante o trâmite dessa ação, a desocupar, no prazo de 60 (sessenta) dias, após o trânsito em julgado desta sentença, o imóvel descrito na petição inicial, imitando a CEF na posse, com todos os direitos e prerrogativas próprias de titular de domínio sobre o bem.

5. Sabe-se que o pedido de rescisão da coisa julgada não precisa limitar-se, na ação rescisória, à solicitação de anulação da deliberação inquinada. Ao contrário, o art. 488, I, do CPC expressamente estabelece a faculdade da parte autora da ação rescisória cumular o pedido de rescisão da coisa julgada (*iudicium rescindens*) com o de novo julgamento da causa submetida anteriormente ao exame jurisdicional (*iudicium rescissorium*).

6. Contudo, o pedido de rejuízo da lide (*iudicium rescissorium*) deve apresentar-se intimamente ligado ao mérito da decisão rescindenda, não podendo o autor fomentar pedido que extrapole o contexto fático-jurídico preexistente. A respeito, vale transcrever os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO.

1. O pedido em ação rescisória deve apresentar-se intimamente vinculado com o mérito da decisão rescindenda.

2. Não pode prosperar ação rescisória com base em argumentos novos, diferentes daqueles que foram discutidos no círculo do acórdão que se pretende desconstituir.

(...).

6. Recurso especial provido. Improcedência da rescisória. (STJ, REsp. 240.949-PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 13.03.00, p. 164).

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. MATÉRIA CONTROVERTIDA. INADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO ALITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

(...).

3. A ação rescisória é meio impróprio para inovar a causa de pedir, não delimitada na ação originária. A sua natureza jurídica é excepcional e só tem cabimento nas hipóteses taxativamente previstas no art. 485 do CPC, diante da necessidade de se privilegiar a segurança das relações juridicamente solucionadas.

(...). (TRF1, AR 200001001342076, Rel. Des. Federal Convocada DANIELE MARANHÃO COSTA CALIXTO, DJU 14.04.03, p. 12).

7. Como, no presente caso, resta patente a ultrapassagem dos limites apreciados pela decisão rescindenda, tendo em vista que o pronunciamento judicial que se quer desconstituir restringiu-se, repita-se, a reconhecer o direito da CEF de reaver o imóvel de sua propriedade que se encontrava ocupado pelos ora autores, ao passo que o pedido de reconhecimento da usucapião consiste em situação jurídica completamente inédita, mostra-se de todo inviável o acolhimento do pedido de novo julgamento da causa (*iudicium rescisorium*).

8. O mesmo se diga em relação à alegação de ocorrência de erro de fato, hipótese prevista no inciso IX do art. 485. O § 1º do mencionado artigo estatui claramente que “*há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido*”, e o § 2º, por sua vez, diz ser “*indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato*”.

9. No caso em tela, além da sentença rescindenda só ter cuidado de questão de direito, os autores também não apontam quais os atos ou documentos da causa que existiram e foram omitidos pelo *decisum* ou que não existiram e foram pelo ele considerados. Apenas alegam a ausência de citação de um dos cônjuges, prevista no art. 10 do CPC, sem contudo trazer aos autos os elementos realmente necessários a caracterizar o erro de fato.

10. Tal exigência é indispensável ao desfazimento do julgado com fulcro no inciso X do art. 485 do CPC, consoante jurisprudência assente nesta Corte Regional, do que é exemplo a paradigmática decisão abaixo transcrita:

Processual Civil. Ação rescisória. Erro de fato, hospedado na alínea IX do art. 485 do CPC. Decisão de segundo grau

que valoriza a data da expedição da certidão de casamento, ou seja, 18 de novembro de 2005, como contemporânea aos fatos, para retirar seu valor probante, quando dita certidão retrata um casamento realizado em 12 de outubro de 1969. Inexistência de erro de fato, por não ter o julgado considerado inexistente um fato existente, nem existente um fato inexistente, a teor do parágrafo 1º, do referido art. 485. A rescisória não é caminho para se obter a justiça, nem serve como via recursal para se corrigir qualquer equívoco cometido pelo juízo de primeiro ou de segundo grau, sendo utilizada apenas para rescindir decisão de mérito se um dos motivos, elencados nos incisos que formam o art. 485, ocorre. Improcedência. (TRF5, AR 6.071-PE, Des. Federal VLADIMIR CARVALHO, DJU 16/06/2009, p. 211).

11. Por todo o exposto, ausentes os seus requisitos essenciais e considerando ser a Ação Rescisória demanda de contornos rígidos, tendo em vista pretender desconstituir a força da coisa julgada, julgo improcedente a ação desconstitutiva. Sem condenação em verba honorária sucumbencial ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

9. É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 84.472-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Agravante: MARIA EMÍLIA DIÓGENES GRANJA  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E OUTROS (AGRTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBEU A INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE, ATRIBUÍDA À AGRAVANTE, CONSUBSTANCIADA NA DISTRIBUIÇÃO, COM FINS ELEITORAIS, DE ALIMENTOS DO PROGRAMA “FAMÍLIA ALIMENTADA”,***

**MANTIDO COM RECURSOS PÚBLICOS DO SESI, QUANDO ERA CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL.**

**- À época da distribuição indevida dos alimentos a agravante, na qualidade de candidata à eleição, não possuía o status de agente público, nem de agente político, e por isso não se aplica o entendimento do STF, projetado na Rcl 2.138-DF, segundo a qual os agentes políticos, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade.**

**- Além disso, a jurisprudência do STJ e deste Tribunal não tem levado em consideração a decisão proferida na Rcl 2.138-DF, pelas seguintes razões: 1) inexistência de incompatibilidade entre as sanções penais contidas no Decreto-lei 201/67 e na Lei 8.429/92; 2) a decisão proferida na Rcl 2.138 não tem eficácia erga omnes, nem efeito vinculante; e 3) ainda não houve pronunciamento daquela Corte, quanto aos prefeitos, haja vista que teria examinado ato de Ministro de Estado, competência do STF.**

**- Constata-se nos autos que o ato descrito na ação civil pública, supostamente praticado pela agravante, e por mais dois réus, o foi na condição de terceiro, sem nenhum status de agente público, e que, em regra, o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa será sempre um agente público, na forma estabelecida nos arts. 1º e 2º da Lei 8.429.**

**- Excepcionalmente, aplicam-se os dispositivos da Lei de Improbidade àquelas pessoas que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta conforme disciplina do art. 3º da referida lei.**

**- O ato de improbidade administrativa será sempre, por definição legal, praticado por um agente público, podendo o terceiro ser sujeito ativo impróprio se concorrer, induzir ou se beneficiar da prática do ato; porém, jamais poderá integrar o pólo passivo da ação sem a companhia do agente público, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, responsável direto pela prática do ato de improbidade administrativa.**

**- A distribuição de alimentos durante a campanha eleitoral de 2004, em benefício da candidata, ora agravante, pode até constituir infração eleitoral, mas não ato de improbidade administrativa, em si mesmo, o qual, para sua caracterização, por definição legal, deverá ser praticado por agente público, que, na hipótese, teria desviado os alimentos oriundos de verba pública do SESI, em benefício da agravante.**

**- Sem a definição precisa da conduta de um agente público na prática do ato de improbidade, constata-se a indiscutível ilegitimidade passiva da ora agravante, considerando que, se não foi esquadrinhada a conduta do agente público, nem a sua identidade na inicial da ação, resta prejudicada qualquer chamamento à lide.**

**- Agravo de instrumento provido, para trancar, em relação à agravante, a ação civil pública de improbidade administrativa.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 8 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Rebela-se Maria Emília Diógenes Gonçalves, por meio do presente agravo de instrumento, contra decisão do MM. juiz federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que recebeu a inicial de ação civil pública, em que o Ministério Público Federal atribui a ela, juntamente com outras duas pessoas, a prática de ato de improbidade, consubstanciado na distribuição, com fins eleitorais, de alimentos do programa “Família Alimentada”, mantido com recursos do SESI, fls. 30-31.

Sustenta serem inaplicáveis, ao caso, as disposições da Lei 8.429/92, pois, à época dos fatos, nenhum dos envolvidos mantinha vínculo com a Administração, argumentando que só, posteriormente, tornou-se Prefeita do Município de Jaguaribara, no Estado do Ceará, sendo certo que agentes políticos não respondem por ato de improbidade, mas apenas por crime de responsabilidade, assim mesmo, desde que ajuizada perante o Tribunal competente, e que a inicial careceria, ainda, de fundamentação, inexistindo as provas dos fatos nela noticiados.

Deferi o efeito suspensivo, com esteio no julgamento proferido pelo STF, na Rcl 2.138-DF, segundo a qual *os agentes políticos, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade*, fl. 132.

Contraminuta do Ministério Público Federal em defesa do ato de recebimento da ação civil pública, sustentando a legitimidade passiva dos requeridos, em especial a agravante, porque à época dos fatos não era prefeita do Município de Jaguaribara, no Estado do Ceará, ou seja, não possuía *status* de agente político, e que, em tese, concorreu para a prática de ato de improbidade administrativa, *consistente em terem promovido a distribuição, com fins eleitorais, de alimentos adquiridos com recursos públicos do SESI e que se destinavam ao fornecimento gratuito*, fl. 146.

A Procuradoria Regional da República interpôs embargos de declaração, a fim de suprir a omissão a respeito da inaplicabilidade

de do entendimento esposado pelo STF nos autos da Rcl 2.138-DF, uma vez que o ato foi praticado pela agravante na condição de particular, sem vínculo com a Administração Pública, devendo assim ser aplicado o art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, fls. 155-156.

Como parecer, a Procuradoria Regional da República adota os mesmos fundamentos contidos na contraminuta de agravo, fls. 166-168.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O suposto ato de improbidade administrativa atribuído à agravante, e a mais dois réus da ação civil pública, consistiu na utilização de alimentos do programa “Família Alimentada”, mantido com recursos do SESI, para famílias de baixa renda, por meio de distribuição com fins eleitorais, durante a campanha para o cargo de prefeito do Município de Jaguaribara, no Estado do Ceará, para o qual, efetivamente, fora eleita a agravante, fato que, segundo o Ministério Público Federal, teria enquadramento nos arts. 10, incisos I e III, e 11 da Lei 8.429/92, que assim dispõem:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;



Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, ...

Deferi o efeito suspensivo, acompanhando o entendimento do STF, projetado na Rcl 2.138-DF, segundo a qual *os agentes políticos, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade*, fl. 132.

Realmente, à época da distribuição, para fins eleitorais, de alimentos oriundos de programa mantido pelo SESI, tida como suposta prática de ato ímprobo, a agravante não se encontrava, ainda, investida no cargo de prefeito municipal, e, portanto, não detinha o *status* de agente político, não havendo razão para a aplicação do referido entendimento, ainda que, atualmente, detenha a agravante aquela condição, mas, na ocasião, não tinha ela essa qualidade.

Mesmo assim, observo que a jurisprudência do STJ e deste eg. Tribunal não tem levado em consideração a referida decisão proferida na Rcl 2.138-DF, pelas seguintes razões: 1) inexistência de incompatibilidade entre as sanções penais contidas no Decreto-Lei 201/67 e na Lei 8.429; 2) a decisão proferida na Rcl 2.138 não tem eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante e 3) ainda não houve pronunciamento daquela Corte, quanto aos prefeitos, haja vista que teria examinado ato de Ministro de Estado, competência do STF.

Colhi os seguintes acórdãos como exemplo:

[I] Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Prefeito. Aplicação da Lei nº 8.429/92 e do Decreto-Lei nº 201/67 de forma concomitante. Ato ímprobo que também pode configurar crime funcional. Inexistência de *bis in idem*. Juízo singular cível e tribunal de justiça. Inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação nº 2.138/RJ) *in casu*.

1 a 2 (...)

3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O Código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público. Enquanto que o Decreto-Lei nº 201/67 ver-

sa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º) e por infrações político-administrativas (art. 4º). Já a Lei nº 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos ímprobos. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso.

4. A Lei nº 8.492/92, em seu art. 12, estabelece que “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito” [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato ímprobo pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.

5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl nº 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no *DJ* de 18 de abril de 2008), no sentido de que “Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição”, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.

7. Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei nº 1.079/50, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 884.083/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJ* de 26 de março de 2009; REsp 1.103.011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primei-

ra Turma, *DJ* de 20 de maio de 2009; REsp 895.530/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* de 04 de fevereiro de 2009; e REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, relator para acórdão ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJ* de 10 de março de 2008).

8. O STF, no bojo da Rcl nº 2.138/RJ, asseverou que “A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)” e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, v. g., infere-se do art. 2º da Lei nº 1.079/50 e do art. 12 da Lei nº 8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de *bis in idem*, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

9. No caso *sub examinem*, o sentido é oposto, pois o Decreto nº 201/67, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art. 1º) e também a respeito de infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade próprios (art. 4º); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal *a quo* enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1º do diploma supra (“apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio” e “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita *bis in idem*.

10. Recurso especial conhecido e provido (REsp 1.066.72, min. Benedito Gonçalves, julgado em 25 de agosto de 2009). (II) Processo civil. Administrativo. Ação cautelar preparató-

ria. Improbidade administrativa. Aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos. Art. 7º da Lei 8.429/1992. Indisponibilidade de bens.

1. Apelação interposta contra sentença, prolatada em sede de ação cautelar, que decretou a indisponibilidade do bem de propriedade do apelante, ex-prefeito, com a finalidade de dar efetividade a eventual decisão definitiva a ser proferida em sede de ação civil pública.

2. O Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação 2.138/DF entendeu que os agentes políticos, no caso Ministro de Estado, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade (Lei 1.079/50), não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante aquela corte (art. 102, inc. I, alínea c, da CF/88). Tal decisão, contudo, não possui efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*, não se estendendo a quem não foi parte naquele processo, conforme decidiu o próprio STF nos autos da reclamação nº 5389.

3. Os prefeitos, ainda que agentes políticos, estão sujeitos a legislação própria, nos termos dos arts. 15, inc. V, e 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, tais como: Decreto-Lei 201/1967 (crimes de responsabilidade) e Lei 8.429/92 (improbidade administrativa). Precedentes STJ e deste e. Tribunal.

(...)

10. Apelação não provida (AC 467.958-PE, Des. Francisco Barros Dias, julgado em 12 de janeiro de 2010).

(III) Administrativo. Agravo de instrumento. Ação civil pública de improbidade administrativa. Pedido de indisponibilidade de bens. Artigo 37, parágrafo 4º da CF/88. Lei 8.429/92. Aplicabilidade aos agentes políticos. Competência da Justiça Federal.

(...)

II. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 2.138-6, conforme informativo nº 4 do STF, não produz eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante, sendo aplicada a agente político previsto no art. 102, I, “c” da CF/88. Aplica-se, portanto, ao prefeito municipal a Lei de Improbidade Administrativa.

(...)

V. Agravo de instrumento improvido, (AGTR 94.442-CE, des. Margarida Cantarelli, julgado em 28 de julho de 2009).

Diante dessas razões, afasto-me da tese defendida no exame da tutela de urgência, e acosto-me àquela em que é possível a ação civil pública, para apurar atos de improbidade administrativa praticados por agentes políticos, mas especificamente o prefeito municipal considerando ainda o fato de que, à época dos acontecimentos, a agravante não detinha a condição de agente público, muito menos de agente político.

Nesse contexto, ou seja, no de que faltava à agravante a qualidade de agente público, é que examino o recebimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Os fatos atribuídos à agravante, e a mais dois réus na ação civil pública, considerados pelo Ministério Público como sendo de improbidade administrativa, estão assim delineados:

Segundo foi noticiado ao Ministério Público Federal, nos dias que antecederam as eleições municipais de 2004, os dois primeiros promovidos (a agravante candidata a prefeita e Francisco José Leite Pinheiro candidato a vice-prefeito), diretamente ou através de seus partidários, patrocinaram farta distribuição, com fins eleitorais, de alimentos adquiridos com recursos públicos do SESI e que se destinavam ao fornecimento gratuito. A representação que deu início ao presente procedimento fez-se acompanhar, inclusive, de amostra dos alimentos distribuídos, em cuja embalagem há expressa menção da procedência (SESI), do programa (Família Alimentada) e do caráter institucional e gratuito que deveria ser atribuído à distribuição.

(...)

Do que restou apurado, os alimentos adquiridos pelo SESI foram desviados e posteriormente armazenados em uma fazenda, no município de Jaguaribara, de propriedade do terceiro réu (Ananias Granja). A ocorrência do desvio é facilmente comprovada por meio da farta documentação requisitada ao SESI, que demonstra a inexistência de regular repasse de alimentos ao município de Jaguaribara. O órgão adquirente reconheceu que as amostras trazidas ao MPF e ao juízo eleitoral são parte de um grande lote de alimentos destinados à distribuição gratuita e que foram remetidas às diversas entidades constantes do rol de fls. Não há notícia de que tais alimentos hajam sido regular e licitamente enviados à Prefeitura de Jaguaribara ou a outra

entidade naquele município. Se lá chegaram e foram depositados em fazenda de propriedade do promovido Ananias Granja, é porque houve clandestina transferência dos alimentos, ao arrepio do regular procedimento de distribuição levado a cabo pelo SESI.

A partir dos rumores que passaram a circular na cidade no período pré-eleitoral, o noticiante tomou conhecimento da distribuição dos alimentos e de seu armazenamento na propriedade do réu Ananias Granja. De posse da informação, os noticiantes lograram filmar as toneladas de gênero alimentícios que se achavam armazenados no local, instruindo a ação de impugnação com cópia dessa fita.

(...)

É de ser ressaltado que segundo deduzido na inicial da ação de impugnação de mandato eletivo a própria promovida Maria Emília Diógenes Granja teria comprado votos mediante a entrega direta dos alimentos desviados do SESI. Pelos menos três pessoas (sr. José Alves, sr. Francisco Valentim e sra. Giucélia Bezerra) teriam recebido a visita da primeira promovida que lhe entregou pacotes de alimentos do SESI.

E, toda forma, é indiscutível que os dois primeiros promovidos foram os principais beneficiários da distribuição irregular dos alimentos, sendo-lhes aplicável o disposto no art. 3º da Lei 8.429. Já ao sr. Ananias Granja, devem ser impostas as sanções previstas na Lei 8.429 por haver concorrido para a ocultação do produto desviado fornecendo imóvel de sua propriedade, fls. 42-43.

É fato notório e incontroverso que ato atribuído na ação civil pública, supostamente praticado pela agravante e por mais dois réus, o foi na condição de terceiro, sem nenhum *status* de agente público, e, em regra, o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa será sempre um agente público, na forma estabelecida nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.429, *in verbis*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por

cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

(...)

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Excepcionalmente, aplicam-se os dispositivos da Lei de Improbidade aquelas pessoas *que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa*, conforme disciplina do art. 3º da referida lei:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Portanto, para que o terceiro responda por ato de improbidade administrativa, é indispensável que ele concorra com um agente público, ou induza este à prática do ato, sem o qual não poderá ser submetido, individualmente, às penalidades da lei. O terceiro integrará, sempre, o pólo passivo da demanda na qualidade de litisconsorte necessário do agente público.

Não se há de falar em particular respondendo, sozinho, na qualidade de réu, em ação civil pública de improbidade administrativa, sem a composição de um agente público, efetivamente, responsável pelo ato.

A doutrina pesquisada vai nesse mesmo norte:

O art. 3º da LIA estabelece que o terceiro estranho aos quadros da Administração e que não se enquadra no conceito de agente público do artigo anterior, pessoa física ou jurídica, pode ser considerado ímprobo e se sujeitar às disposições desta legislação, no que couber, desde que tenha induzido o agente a praticar o ato indevido, tenha concorrido de qualquer modo para sua efetivação ou tenha se beneficiado de forma direta ou indireta com a sua prática. É importante consignar que o terceiro somente será responsabilizado por improbidade se induziu o agente, se

concorreu de qualquer modo para a sua efetivação ou se obteve benefício de forma direta ou indireta com a prática do ato ímprobo por agente público, inexistindo improbidade por ato isolado seu

(...)

O beneficiário do ato, devidamente identificado e enquadrado no art. 3º, é litisconsorte necessário, no pólo passivo, na ação de improbidade (Improbidade Administrativa - Legislação Comentada Artigo Por Artigo, José Antônio Lisboa Neiva, ed. Impetus, Niterói, RJ, 2009, p. 36 e 38).

Nesse mesmo caminho da necessidade de nexos causal entre o ato de improbidade praticado pelo agente público e o benefício obtido por terceiro, a doutrina do professor Carlos Frederico Brito dos Santos, citando outro doutrinador de renome:

Na mesma linha posiciona-se ainda Francisco Octavio de Almeida Prado, para quem deve existir um claro liame psicológico entre a atuação do agente público e do terceiro para responsabilização deste pela prática do ato ímprobo ou pelo beneficiamento dele decorrente, sendo prescindível para tanto que o terceiro pratique o ato juntamente com o agente público, bastando sua colaboração eficaz (Improbidade Administrativa – Reflexões sobre a Lei 8.429/92, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 14).

Na hipótese em exame, não foi descrita a conduta, nem indicado o respectivo agente público que praticou o ato ímprobo, e, sem essa identificação, não é possível prosseguir com a ação civil pública, destinada a penalizar, exclusivamente, particulares sem qualquer vinculação com a Administração pública.

A distribuição de alimentos durante a campanha eleitoral de 2004, em benefício da candidata, ora agravante, pode até constituir infração eleitoral, mas não ato de improbidade administrativa, em si mesmo, o qual, para sua caracterização, por definição legal, deverá ser praticado por agente público, que, na hipótese, teria desviado os alimentos oriundos de verba pública do SESI, em benefício da agravante.

Os Tribunais Regionais Federais das 2ª e 4ª Regiões conceberam os precedentes abaixo, defendendo a impossibilidade de se atribuir ato de improbidade administrativa praticado por particular, sem a participação de agente público:



(I) Processual civil. Ação de improbidade administrativa. Presença isolada de particular no pólo passivo. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

1. Não há vislumbrar ato de improbidade administrativa praticado unicamente por particular que deu destinação irregular às verbas públicas captadas na forma da Lei 8.313/91 (Lei Rouanet) para produção de filme, na medida em que não houve qualquer atuação de agente público.

2. A Lei nº 8.429/92, tem por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º), causem prejuízo ao erário público (artigo 10) e atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

3. O artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa preconiza que suas disposições também se aplicam aos particulares que induzam, concorram ou se beneficiem do ato praticado pelo agente público. Todavia, não cogita da aplicação das sanções ali impostas exclusivamente ao particular, sem que tenha havido atuação de algum agente público. 4. Recurso desprovido (AC 417.208, Des. Marcelo Pereira, convocado, julgado em 1º de julho de 2008).

(II) Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Hipótese de incidência da Lei nº 8.429/92. Ato do particular. Ato ímprobo praticado pelo funcionário público. Necessidade de correlação. Inocorrência.

1. Para que o particular venha a sofrer as sanções da Lei de Improbidade deve induzir a prática de ato de improbidade, concorrer para a prática do ato de improbidade ou se beneficiar do ato de improbidade.

2. O ato de improbidade é sempre essencialmente praticado por um funcionário público, visto este em uma concepção aberta, porém vinculada ao exercício de uma função pública. O particular somente pode ser sujeito de ato de improbidade quando concorra para que um funcionário público no exercício de suas funções (ou a pretexto de exercê-la) cometa ato ímprobo.

3. Na hipótese, não houve a prática de nenhum ato ímprobo por parte da ré no exercício de suas funções perante a Receita Estadual do Estado de São Paulo, e nenhum servidor público da Receita Federal praticou qualquer ato de improbidade, ao qual ela tenha induzido, concorrido, ou se beneficiado (AC 200370080014528, Des. Edgard Antônio Lippmann Júnior, julgado em 18 de junho de 2008).

Sem a definição precisa da conduta de um agente público na prática do ato de improbidade, constata-se a indiscutível ilegitimidade do terceiro ora agravante, que só pode integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessária, em composição com um determinando agente público, que, na hipótese em exame, sequer pode ser chamado à lide, pois a inicial da ação civil pública passou ao largo sobre sua identidade.

Portanto, em face da total impossibilidade do prosseguimento da ação de improbidade administrativa em relação à agravante, e sem a presença de um agente público como litisconsorte passivo necessário, dou provimento ao agravo de instrumento, para trançar, em relação a ela, a correspondente ação civil pública.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 94.885-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO CEARÁ-CREA/CE  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO MAIA PINTO FILHO E OUTROS (AGRTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE MOVIDA CONTRA O PRESIDENTE DO CREA/CE, EM VIRTUDE DA EMISSÃO DE PORTARIA ANULATÓRIA DE PROCESSO LICITATÓRIO, SUPOSTAMENTE LEGÍTIMO.***

***- Agravo de instrumento contra a decisão que recebeu a inicial de tal ação. Reconhecimento da validade de tal Portaria em decisões desta Corte: SS 6612-CE e AGTR nº 69888-CE.***

***- Agravo provido.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de agravo de instrumento de decisão da 2ª Vara Federal/CE que recebeu a inicial de Ação por Ato de Improbidade movida pelo MPF em desfavor do Presidente do CREA/CE e determinou a citação deste.

O CREA/CE, ora agravante, sustenta que a ação de improbidade tem como pressuposto a portaria nº 27/2006 – que anulou a Carta Convite nº 01/2006 –, cuja legalidade foi, duas vezes, reconhecida pela unanimidade desta 4ª Turma nos AGTR's nº 69888-CE e 85090-CE. Ademais, verbera que o ato de anular a referida carta convite não ofendeu nem ao patrimônio público nem mesmo a qualquer princípio da administração e, sendo assim, jamais poderia configurar ato de improbidade administrativa. Por fim, salienta a existência de prova documental de que nenhum ato de improbidade teve espaço na hipótese, motivo porque a ação não deve ser recebida.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer ministerial às fls. 149/161.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Discute-se nestes autos acerca do recebimento ou não da inicial de ação de improbidade movida pelo MPF contra o Presidente do CREA/CE, sob o fundamento da prática de ato atentatório à Administração Pública – anulação irregular de processo licitatório.

Em sua peça opinativa, o douto representante ministerial sustenta que “a inicial está respaldada em documentos e que obedeceu aos ditames legais, sobretudo o contido no art. 17, §§ 6º e 9º da Lei de Improbidade” e, neste sentido, defende a manutenção da decisão recorrida, e o conseqüente improvimento do presente recurso.

À fl. 168, proferi a seguinte decisão:

O ato impugnado, em principio, conflita com acórdão da Cl. Quarta Turma que considerou válida a anulação de licitação promovida pelo CREA/CE. Recebida a inicial de ação de improbidade, revela-se o perigo de lesão de difícil reparação. Assim, atribuo efeito suspensivo ao agravo.

Entendo necessário, na hipótese fazer uma breve digressão acerca das decisões já proferidas tanto no primeiro grau quanto no âmbito desta Corte em relação à questão ora posta.

Tudo teve início com o Mandado de Segurança 2006.81.00.011997-9, impetrado pela Empresa STUDIO DA GULA SERVIÇOS DE BUFFET LTDA contra o Presidente do CREA-CE.

Em 29/03/2007, foi proferida sentença nos autos desta ação mandamental, com o seguinte dispositivo:

À luz do exposto, CONCEDO a segurança para garantir à impetrante o direito à suspensão da revogação da Licitação Convite nº 001/2006, devendo a autoridade impetrada se abster de realizar novo processo licitatório, bem como para assegurar que seja autorizada a prestação provisória dos serviços objeto da referida licitação pela impetrante em conformidade com a proposta de preço por ela ofertada.

Ao desenvolver a fundamentação deste *decisum* o douto sentenciante destacou:

(...) A Portaria nº 0027/2006, expedida pela Presidência do CREA-CE em 16.06.2006, revogou o processo licitatório referente ao Convite nº 001/2006, determinando a realização de nova licitação. Todavia, entre os fundamentos apontados para a aludida revogação encontram-se meras irregularidades incapazes de acarretar qualquer dúvida ou prejuízo à aferição do resultado do certame, tais como a citação de alguns dispositivos legais de forma inexata no edital, a menção no edital a uma comissão cuja denominação é inexistente no âmbito do CREA-CE, a ausência de identificação de algumas rubricas constantes da ata de julgamento das propostas, o fato de ser mais recomendado considerar o preço de cada fornecimento (lanche ou refeição) e não o preço global abrangendo os dois e a demora no encaminhamento e no julgamento do recurso administrativo.

Considero que a previsão do edital do certame de prazo recursal de cinco dias a partir da data da intimação do ato ou da lavratura da ata de julgamento das propostas, enquanto a Lei nº 8.666/93 determina o prazo de dois dias para o oferecimento de recursos referentes a cartas convites, questão apontada pelo réu como um dos principais sustentáculos a embasar a anulação da licitação, tampouco possuiria o condão de macular a integralidade do processo licitatório, mormente quando não houve violação ao interesse público. Além disso, a suposta intempestividade do recurso administrativo proposto pela impetrante não impediu que suas alegações fossem utilizados como fundamentação para a Portaria nº 0027/2006 e o parecer da Comissão de Orçamento e Tomada de Contas do CREA-CE.

Os demais motivos citados na Portaria nº 0027/2006, embora evidenciem que a proposta declarada como vencedora deveria ter sido desclassificada, não são suficientes para ensejar a revogação ou anulação de todo o processo licitatório. Consta expressamente nos itens 10 e 11 da referida portaria a afirmação de que a proposta comercial da V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA. relativa ao Anexo I compõe-se de somente 10 cardápios quando o edital prevê 13 cardápios para o aludido Anexo, bem como que a referida

empresa foi declarada vencedora por ocasião do julgamento das propostas, ainda que o Edital exigisse que todos os cardápios de ambos os Anexos I e II devessem ser cotados com preços unitários, não simbólicos, irrisórios ou de valor zero. Ora, tal fato constitui motivação somente para a desclassificação da empresa declarada vencedora, não podendo embasar a invalidação total da licitação em comento.

A realização de comunicação quanto à apresentação de recurso administrativo pela impetrante apenas em relação à empresa vencedora, sem que fossem intimadas as demais licitantes, bem como o envio de informação à impetrante, por AR, acerca do indeferimento de seu recurso, sem que conste nos autos do processo administrativo qualquer ata de julgamento do mesmo, são circunstâncias que reforçam a conclusão de que a impetrante foi deliberadamente prejudicada com a revogação de uma licitação na qual deveria ter sido declarada vencedora.

Já a Portaria nº 0028/2006, expedida pela Presidência do CREA-CE no mesmo dia 16.06.2006, autorizou, até que seja concluído o novo processo licitatório determinado pela Portaria nº 0027/2006, o fornecimento de lanches e refeições nos moldes em que o serviço vinha se processando anteriormente, conforme suposto preço médio de mercado. Ressalte-se que o aludido preço médio de mercado corresponde exatamente ao valor do preço oferecido pela empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA. na proposta declarada vencedora, a despeito de a licitação em que fora efetuada referida proposta ter sido formalmente revogada.

A consequência legal dos fatos narrados na Portaria nº 0027/2006 não é a revogação ou a anulação da licitação, mas a desclassificação da proponente declarada vencedora. Portanto, havendo vícios na proposta julgada vencedora e não no processo licitatório, verifico que a referida portaria é ato desviado de sua finalidade, fazendo uso de simples irregularidades formais ocorridas na licitação como pretexto para favorecer a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA., que, em vez de ser desclassificada, continuou prestando serviços ao CREA, sem contrato. Afinal, as situações mencionadas na citada portaria causaram prejuízos somente à impetrante, sendo o dano sofrido pela mesma plenamente sanável mediante o reconhecimento

de que ela seria a vencedora do certame, não havendo necessidade de revogar ou anular a licitação.

Tanto a argumentação da impetrante está correta que a própria Portaria nº 0027/2006 nela se baseou para motivar a revogação da licitação. A própria Comissão de Orçamento e Tomada de Contas do CREA-CE considerou acertados os fundamentos alegados pela impetrante para desclassificar a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA, acatando todos os argumentos aduzidos no tocante à eliminação da proponente declarada vencedora e sugerindo a contratação da impetrante, que fora a segunda colocada, consoante voto em parecer administrativo que transcrevo abaixo:

Considerando que o sub-item 12.9 do Convite nº 001/2006 diz que para efeito de julgamento serão consideradas as empresas que cotarem os itens constantes nos Anexos I e II deste Edital. E que a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA não cotou todos os cardápios constantes do Anexo I, deixando de ofertar (cotar) preços para os cardápios 11, 12 e 12, não atendendo por completo o que foi solicitado através do Anexo I.

Considerando que o sub-item 12.8 do Convite nº 001/2006 diz que “será vencedora a empresa que tenha atendido todos os requisitos editalícios e que apresente o menor preço global por serviço de fornecimento de lanches, constante no Anexo I, e menor valor global para fornecimento de refeições, constantes no Anexo II deste Edital”. No presente caso, comprovadamente, a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA deixou de atender todos os requisitos editalícios quando não ofertou preços dos cardápios nºs 11, 12 e 13 do Anexo. (...)

Considerando que a única empresa que não atendeu na íntegra os requisitos editalícios foi a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA.

Considerando ainda que alguns preços unitários de itens de cardápios ofertados na proposta da empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA podem ser considerados simbólicos, irrisórios ou manifestamente inexequíveis, conforme prevê o item 7.2 deste edital, que fere o art. 44, § 3º da Lei nº 8.666/93 e suas alterações (Ex: Sorvete 80g, R\$ 0,58 – valor que comercialmente não compra hoje nenhum picolé, e outros itens da sua proposta

comparados individualmente com as demais propostas) Pelo exposto acima NÃO somos favoráveis à homologação do resultado da licitação do Convite nº 001/2006 que declara vencedora da licitação em pauta a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA, pois sua proposta contraria os dispositivos 12.8, 12.9, 7.2 e 7.3 do Convite.

E recomendamos a contratação da empresa STUDIO DA GULA SERVIÇO DE BUFFET LTDA por ter ofertado o menor preço global e observado todos os requisitos e critérios de avaliações requeridos no Convite nº 001/2006.

Acrescente-se que nos demais pareceres constantes do processo licitatório os advogados do CREA-CE opinaram pelo acolhimento da proposta declarada vencedora sem, contudo, sequer examinar as razões elencadas pela impetrante e pela Comissão de Orçamento e Tomada de Contas do CREA-CE, afirmando apenas que consideravam mais vantajosa para a Administração a proposta da V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA em virtude de ofertar o menor preço global, não se pronunciando conclusivamente acerca da omissão da proposta declarada vencedora quanto aos preços unitários relativos a três cardápios do Anexo I.

Restando demonstrado que inexistiram razões a amparar a revogação ou a anulação do processo licitatório, que a empresa V & E SERVIÇOS DE BUFFET LTDA. deveria ter sido desclassificada e que, tendo a impetrante se classificado em segundo lugar no julgamento inicial, a mesma seria a vencedora do certame, nos termos do art. 45, § 3º, da Lei nº 8.666/93, impõe-se determinar a autorização da prestação provisória dos serviços objeto da licitação por parte da impetrante, de acordo com a proposta de preço formulada pela mesma.

Quanto ao perigo da demora, o mesmo reside no fato de que a não concessão da liminar importaria em sérios prejuízos à impetrante, uma vez que a mesma já deveria estar executando os serviços objeto da licitação em comento.

Com efeito transcrevo o teor dos votos ensejadores dos acórdãos desta egrégia 4ª Turma (AGTRs nºs 69888-CE e 85090-CE) que, supostamente, teriam decidido pela validade da portaria que anulou o processo licitatório em comento.



O primeiro deles, AGTR nº 69888-CE, da lavra do Des. Fed. Convocado Ivan de Lira Carvalho, proferido em 30/01/2007, registrou:

O Desembargador Federal Lázaro Guimarães atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sob os seguintes fundamentos (fl. 43): “Constatados defeitos na licitação, a consequência é a anulação do certame, e não o afastamento da firma vencedora e a contratação dos serviços da segunda colocada, como determinado na decisão impugnada. Assim, atribuo efeito suspensivo ao agravo”.

Com efeito, a hipótese não comporta digressões. O entendimento acima transcrito reflete a pacífica orientação jurisprudencial, no sentido de que a Administração Pública, ao detectar irregularidades no processo licitatório, que o maculam com o vício de ilegalidade, impõe-se à sua anulação e não a convalidação mediante a convocação do segundo classificado no certame, até porque os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens e os atos nulos não geram direitos ou obrigações. Ademais, tal procedimento violaria o art. 50 da Lei 8.666/93, cuja dicção prevê que “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”. Neste sentido, destaco a seguinte ementa:

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: AGMS - AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - 200501000638933

Processo: 200501000638933 UF: DF Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL

Data da decisão: 4/11/2005 Documento: TRF100221961

DJDATA: 23/1/2006 PÁGINA: 2

DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA

A Corte Especial, por maioria, negou provimento ao agravo regimental.

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DA SEGUNDA SEM FUNDAMENTO LEGAL. ANULAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. ARTIGO 50 DA LEI Nº 8.666/93. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA DECISÃO JUDICIAL QUE

APLICA O DISPOSITIVO EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL APÓS A OITIVA DAS PARTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ATO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO.

1 - O procedimento de licitação contém disposições que são de observância vinculada para o administrador público, dentre elas, a obrigação de contratar o vencedor do certame a quem o objeto tenha sido adjudicado.

2 - Publicação de notícias em jornais sobre possível prática de irregularidades em outros procedimentos de licitação consistentes em possível combinação de preços, sem que exista julgamento administrativo ou judicial sobre o tema, não constitui razão suficiente para ignorar o resultado do certame e promover a contratação do vencedor, que apresentou a oferta com menor preço.

**3 - Inexistindo declaração de inidoneidade ou outra punição administrativa ou judicial aplicada à empresa vencedora do certame, caberia à administração o direito de não contratar, nunca o de aleatoriamente contratar a segunda colocada.**

**4 - Inexiste violação a direito líquido e certo quando o relator de agravo de instrumento defere antecipação de tutela recursal para determinar a observância ao texto legal.**

5 - Manutenção da decisão de indeferimento.

**6 - Agravo regimental improvido.**

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA -199934000212820

Processo: 199934000212820 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Data da decisão: 13/9/2004 Documento: TRF100202306. DJDATA: 21/10/2004 PÁGINA: 14. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO.

A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial.

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IRREGULARIDADES. ANULAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO.**

**1. Apresentando-se o edital de licitação eivado de irregularidades que tornam impossível a correta compreensão do objeto e formulação de proposta de preços, correta a sentença que decretou a sua**

**anulação.**

**2. Sentença confirmada.**

**3. Remessa oficial desprovida.**

Assim, com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

No segundo, AGTR 85090-CE, de minha lavra, proferido em 17/02/2009, constou:

Pesquisa sobre o andamento do apelo apresenta o seguinte resultado:

Em 03/02/2009, 15:09h.

Acórdão Desembargador(a) Federal Relator(a) (Publicado em 11/02/2009 00:00) (Guia: 2009.000117) (M783)

EMENTA: Processual Civil e Administrativo. Licitação. Sentença que declarou a autora vencedora de licitação, antecipando os efeitos da tutela. Perda de objeto da ação em virtude da recusa da demandante em assinar o contrato de prestação de serviços, objeto do certame.

Apelação provida para extinção do processo sem resolução de mérito.

ACÓRDÃO: Vistos etc. Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 09 de dezembro de 2008 (data do julgamento). Desembargador Federal Lázaro Guimarães Relator.

Como se vê, o recurso principal já foi provido, reconhecendo-se a perda de objeto em virtude da negativa da autora, ora agravada, ter se recusado a assinar o contrato de prestação de serviços.

Ante o exposto, julgo prejudicado este agravo.

Note-se que, quando do julgamento da AMS101247-CE, interposta pelo CREA/CE, em 10/03/2009, proferi o seguinte aresto:

Processual Civil e Administrativo. Licitação. Sentença que concedeu a segurança para declarar a autora vencedora de licitação. Perda de objeto da ação em virtude da recusa da demandante em assinar o contrato de prestação de serviços, objeto do certame, conforme julgamento da ação ordinária relativa à mesma demanda. Apelação e remessa oficial prejudicadas.

Chamo atenção para o fato de que na Suspensão de Segurança nº 6612-CE, requerida pelo CREA/CE, o então Presidente desta Corte, Des. Federal Francisco Cavalcanti proferiu a seguinte decisão:

(...) Com essas considerações, **indefiro o pedido de suspensão de liminar, devendo os efeitos desta decisão permanecerem até o trânsito em julgado do provimento final.** Determino, outrossim, a extração de cópia dos autos, para fins de remessa ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União. Oficie-se ao MM. Juiz Federal de origem, dando-lhe ciência desta decisão. P.I. Recife, 19 de setembro de 2006. JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente (grifo nosso)

Analisando-se todos estes elementos temos que, realmente, o ato sobre o qual recai a ação civil pública, ou seja, a portaria 27/2006 emitida pela Presidência do CREA/CE – e que anulou o processo licitatório acima referido –, foi reconhecida como válida tanto no julgamento da SS 6612-CE quanto do AGTR nº 69888-CE. É que a referida portaria equacionou várias irregularidades praticadas no certame alvo de discussão, o qual foi, acertadamente, anulado.

Assim, dou provimento ao presente agravo.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 103.035-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Agravante: FAZENDA NACIONAL  
Agravada: SANDRA LUCIA DE FREITAS  
Adv./Proc.: DR. FELIPE ROCHA FERNANDES LIMA (AGRDA.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS DECORRENTES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ÀS NAÇÕES UNIDAS, ATRAVÉS DO PNUD. BENEFÍCIO RESTRITO A DETERMINADAS CATEGORIAS DE FUNCIONÁRIOS***

**INTERNACIONAIS ESTATUTÁRIOS. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS PELA AUTORA. INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO.**

**- A isenção do Imposto de Renda de Pessoa Física decorrente da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas abrange apenas os contribuintes que sejam funcionários dos organismos internacionais no Brasil, equiparando-se aos agentes diplomáticos. O mero prestador de serviços por tempo determinado ao PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) não faz jus à isenção do IRPF.**

**- Nos termos do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes a agravada não estará isenta do pagamento de imposto. Além disso, consta também que não será considerada membro do quadro de funcionários do PNUD e não será regida pelas suas normas e regulamentos nem pela Convenção de Privilégios e Imunidades.**

**- Ademais, a mera existência da relação de emprego (mesmo que o vínculo trabalhista entre a autora e o organismo internacional advenha de sentença da justiça do trabalho) não enseja, de per si, o direito à isenção. Se o fundamento específico do seu reconhecimento é encontrado no bojo da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, há de se ponderar que a prerrogativa refere-se aos “funcionários” e não aos contratados e, ainda assim, não é estendida a todos os funcionários da ONU, tratando-se de privilégio reservado, por cortesia internacional, apenas àqueles listados pelo Secretário-Geral da ONU e comunicados, previamente, aos Governos dos Estados-membros, circunstância que não restou comprovada nos autos pela parte agravada.**

**- Tomando em consideração a documentação colacionada aos autos e o aqui exposto, a Agra-**

***vada não faz jus à liminar, visto não ter apresentado prova inequívoca de ter a condição de funcionária nomeada para o quadro efetivo da ONU, posto que não é qualquer serviço ou contrato que faz do contratado um funcionário das Nações Unidas.***

***- Agravo de instrumento provido.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, Relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 29 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de agravo de instrumento manejado pela FAZENDA NACIONAL contra decisão do MM. Juiz da 2ª Vara Federal de Pernambuco que, em sede de ação ordinária, deferiu o pedido da agravada de antecipação dos efeitos da tutela, visando à suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto da lide, sobrestando-se todo e qualquer procedimento administrativo tendente à cobrança da dívida.

Sustenta a agravante, em suas razões, que a isenção tributária que a parte agravada persegue é restrita a funcionários nomeados para o quadro efetivo da ONU e não a técnicos contratados para prestação de serviços a tal organismo, de acordo com a Convenção Sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, recepcionada pelo direito pátrio pelo Decreto nº 27.784, de 16.02.50. Alega também que para o contribuinte usufruir a isenção é neces-

sário, além de ser funcionário da organização, ter seu nome em relação fornecida pelo Secretário Geral da ONU.

Aduz, ademais, que o simples reconhecimento de vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho não é suficiente para estender benefícios de isenção não previstos na legislação tributária, os quais devem ser interpretados de maneira restritiva.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

O art. 273 do CPC, dispõe, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Diante do dispositivo acima, creio que carece de reforma a decisão fustigada. A antecipação dos efeitos da tutela é verdadeira medida satisfativa e representativa, muitas vezes, do próprio provimento final da ação, e que, em assim sendo, não pode ser concedida sem a observância concomitante dos requisitos legais.

Com efeito, a antecipação dos efeitos do provimento final exige prova inequívoca, robusta o suficiente a emprestar verossimilhança às alegações do autor, o que no caso inexistente.

Em análise aos contratos de serviço anexados à inicial da ação ordinária, cuja cópia consta deste instrumento, nos moldes do Projeto de Execução Nacional do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, observo o seguinte teor:

O CONTRATADO não estará isento de imposto em virtude deste contrato, tornando-se o único responsável pelas taxas arrecadadas de acordo com as importâncias recebidas sob este contrato.

(...)

O CONTRATADO não será considerado, sob nenhum aspecto, membro de quadro de funcionários da Instituição Nacional Executora do Projeto nem da Agência Internacio-

nal de Financiamento, nem será regido por suas normas e regulamentos.

(...)

O CONTRATADO será considerado como consultor independente. O CONTRATADO não será considerado, sob aspecto algum, membro do quadro de funcionários da Agência Nacional de Execução do Projeto ou do PNUD.

(...)

*The subscriber (...) shall neither be covered by UNDP Staff Rules and Regulations nor by the Convention on the Privileges and Immunities* (o contratado não será regido pelas normas e regulamentos do quadro de funcionários da PNUD, nem pela Convenção de Privilégios e Imunidades). (Fls. 59, 79, 72).

Nos termos do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, a agravada não estará isenta do pagamento de imposto em virtude deste contrato. Além disso, consta também que não será considerada membro do quadro de funcionários do PNUD e não será regida pelas suas normas e regulamentos nem pela Convenção de Privilégios e Imunidades.

*In casu*, a parte agravante tem o desiderato de ver excluída a aplicação da previsão isencional encartada na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil e inserta na ordem jurídica pátria através do Decreto nº 27.784/50. À luz do art. V, seções 17 e 18, *b*, da Convenção:

Artigo V. Funcionários

Seção 17. O Secretário-Geral determinará as categorias de funcionários aos quais se aplicam as disposições deste artigo e as do artigo VII. Submeterá a lista destas categorias à Assembléia-Geral e, em seguida, as categorias serão comunicadas aos Governos de todos os Membros. Os nomes dos funcionários incluídos nas categorias serão comunicados periodicamente aos Governos dos Membros.

Seção 18. Os funcionários da Organização:

(...)

(b) estarão isentos de impostos sobre os salários e emolumentos pagos pela Organização.

A meu sentir, tomando em consideração a documentação colacionada aos autos e o aqui exposto, à Fazenda Nacional agra-



vante cabe razão. A agravada não faz jus à liminar, visto não ter apresentado prova inequívoca de ter a condição de funcionária nomeada para o quadro efetivo da ONU, posto que não é qualquer serviço ou contrato que faz do contratado um funcionário das Nações Unidas.

Ademais, entendo que a mera existência da relação de emprego (mesmo que o vínculo trabalhista entre a autora e o organismo internacional advenha de sentença da justiça do trabalho) não enseja, de per si, o direito à isenção. Se o fundamento específico do seu reconhecimento é encontrado no bojo da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, há de se ponderar que a prerrogativa refere-se aos “funcionários” e não aos contratados e, ainda assim, não é estendida a todos os funcionários da ONU, tratando-se de privilégio reservado, por cortesia internacional, apenas àqueles listados pelo Secretário-Geral da ONU e comunicados, previamente, aos Governos dos Estados-membros, circunstância que não restou comprovada nos autos pela parte agravada.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

Processual Civil. Isenção do imposto de renda a funcionários das Nações Unidas, categoria na qual não se inclui a pessoa que é contratada para a execução de um serviço, apesar das semelhanças com o contrato de trabalho. Ademais, dentro das normas adotadas pelo Brasil, figura o Decreto 27.784, de 1950, a consignar que a isenção constará de lista a ser discutida na Assembléia Geral das Nações Unidas, comunicada previamente ao país onde o funcionário irá servir. A pessoa contratada para um serviço não é considerada funcionário das Nações Unidas. Enfim, o próprio contrato de serviço destaca estar a pessoa, contratada para a execução de um serviço, obrigada a recolher o imposto de renda. Improvimento do recurso.

(AC 368978/PE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, DJ: 16/06/2009)

Mercê do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento. É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 104.130-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO)  
Agravante: DIÁRIO DE PERNAMBUCO S/A  
Agravada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO NEJAIM GALVÃO E OUTRO (AGRTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO LÍQUIDO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE OUTROS BENS DESEMBARAÇADOS PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO EFICAZ. RAZOABILIDADE DO PERCENTUAL DE 2%. INDICAÇÃO DE IMÓVEL: LICITUDE DA REJEIÇÃO ANTE A INCIDÊNCIA DE OUTRAS PENHORAS QUE ULTRAPASSAM O VALOR DO BEM E DA NÃO GARANTIA DO PAGAMENTO DA DÍVIDA. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL: INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERE PEDIDO LIMINAR (ART. 527, INC. III). EXEGESE DO PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 527 DO CPC, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 11.187/05.**

*- Agravo de instrumento em face de decisão que em execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional contra Diário de Pernambuco S/A determinou a penhora do equivalente a 3% (três por cento) do faturamento mensal líquido da executada.*

*- Não se olvida que a execução deve fazer-se pelo meio menos gravoso para o devedor, entretanto, também não se reputa, a princípio, irrazoável a penhora sobre o faturamento da empresa no percentual de 2% (dois por cento), quando se tratar de expediente excepcional, quando não encontrados outros bens para guarnecer a execução fiscal, o que é o caso.*

**- O fato de já existir penhora anteriormente determinada, para garantia de débitos de outras execuções fiscais, no patamar de 1% (um por cento) do faturamento mensal da empresa, não impede que tal expediente seja adotado em outras execuções, desde que o somatório das penhoras não atinja um percentual extremo e impeditivo do funcionamento da empresa, circunstância não suficientemente demonstrada nos autos.**

**- No caso concreto, sobre o imóvel apontado já incidem penhoras cujo montante das dívidas que tenciona garantir já ultrapassam o valor do imóvel, de sorte que a pretensão de uma nova penhora sobre o mesmo bem, na prática, não garantiria o pagamento da vultosa dívida a que se destinaria garantir.**

**- Ademais, a penhora sobre o faturamento apenas foi formulada após esgotadas todas as diligências de localização de outros bens desembaraçados de propriedade da devedora que pudessem satisfazer o débito, não restando outra opção para melhor garantir o pagamento da dívida em execução, sob pena de torná-la impagável.**

**- Agravo regimental não conhecido. Agravo de instrumento parcialmente provido.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, não conhecer o agravo regimental interposto e dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Recife, 11 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Diário de Pernambuco S/A, pessoa jurídica de direito privado, qualificada nos autos, interpõe agravo de instrumento contra decisão da lavra da MM. Juíza Federal Substituta da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, Dra. Ivana Mafra Marinho, ao determinar nos autos do Processo de Execução Fiscal nº 2007.83.00.003487-9, que lhe promove a União (Fazenda Nacional), a penhora do equivalente a 3% (três por cento) do seu faturamento mensal líquido.

Alega a embargante que a determinação lhe trará consequências danosas, resultando, a médio prazo, no encerramento de suas atividades; que já ofertou o equivalente a 1% (um por cento) de seu faturamento bruto mensal à penhora, para garantir o adimplemento de todos os seus débitos previdenciários; e que a execução deve ser realizada do modo menos gravoso ao executado.

Com essas asserções, requereu que lhe fosse antecipada a pretensão recursal, suspendendo-se a determinação da penhora sobre 3% (três por cento) do seu faturamento mensal líquido.

Pedido de antecipação da tutela indeferido às fls. 110/112.

Agravo regimental interposto à fl. 114.

Contrarrazões ao agravo de instrumento apresentadas às fls. 125/133.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Relator Convocado):

Ao apreciar o pedido de provimento liminar, a Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti (Convocada) assim se pronunciou acerca da matéria discutida nos autos do agravo de instrumento (fls. 110/112):

[...] No caso em tela, a decisão agravada determinou a penhora do equivalente a 3% (três por cento) do faturamento da

agravante (fls. 19/20).

Não reputo, a princípio, irrazoável a penhora sobre o faturamento da empresa no percentual de mais 3% (três por cento), quando mais se o próprio Juízo *a quo* ressaltou, em sua decisão, tratar-se de expediente excepcional, de modo avaliou o cabimento da medida no caso concreto. Os argumentos do agravante de que tal penhora inviabilizaria a continuação de suas atividades, ademais, não restaram de plano comprovados.

Sabe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite inclusive a constrição sobre um percentual maior, desde que aplicada a medida em caráter excepcional, quando não encontrados outros bens para guarnecer a execução fiscal, o que é o caso. O fato de já existir penhora anteriormente determinada, para garantia de débitos de outras execuções fiscais, no patamar de 1% (um por cento) do faturamento mensal da empresa (fl. 44) não impede que tal expediente seja adotado em outras execuções, desde, claro, que o somatório das penhoras não atinja um percentual extremo e impeditivo do funcionamento da empresa. No caso, porém, vejo que tal percentual continua dentro do patamar da razoabilidade. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. EXECUÇÃO FISCAL. FATURAMENTO DA EMPRESA. PENHORA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 20% PARA 5%.

1. Não se reexaminaram provas para a constatação de que o percentual da penhora sobre o faturamento da empresa mostrava-se elevado, pois o fato de ter sido fixada pelo Tribunal de origem a constrição em vinte por cento sobre o faturamento, por si só, demonstra a exorbitância desse percentual, sem a necessidade de adentrar o acervo probatório dos autos para se concluir nesse sentido.

2. Agravo regimental desprovido.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ementa de ac. da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 5/3/2009, no AgRg no REsp 996715/SP, Rel.: Min. Denise Arruda, pub. *DJe* 6/4/2009. Grifei.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO BRUTO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO EFICAZ. POSSIBILIDADE. PERCENTUAL ELEVADO. COMPROMETIMENTO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. REDUÇÃO.

I. Conquanto possível a penhora sobre o faturamento bruto da devedora, quando inexistentes bens disponíveis de fácil liquidação, deve ela observar percentual que não comprometa a higidez financeira, ameaçando o prosseguimento das atividades empresariais.

II. Redução de 20% para 6% (seis por cento) do aludido faturamento, considerando provada, após o despacho inicial, a existência de administrador nomeado pelo Juízo.

III. Agravo regimental parcialmente provido.<sup>2</sup>

Não se olvida que a execução deve fazer-se pelo meio menos gravoso para o devedor; porém, no caso, a situação é de ausência de outros meios idôneos a garantir a execução de um débito de monta elevada, qual seja, R\$ 14.292.073,69 (quatorze milhões, duzentos e noventa e dois mil, setenta e três reais e sessenta e nove centavos), que, não fosse a penhora sobre o ínfimo percentual do faturamento, transformar-se-ia numa dívida meramente escritural, estancando-se as possibilidades de sua recuperação.

O agravante menciona ainda a oferta de um imóvel à penhora, que a seu ver garantiria o débito em tela; no entanto, tal oferta foi recusada pelo credor, no exercício de faculdade legal e com argumentos legítimos, como o fato de estar o imóvel penhorado em outras execuções da União, garantindo débitos que já ultrapassam o valor do bem (fl. 39). Daí que não me afigura plausível a substituição da penhora do faturamento – última medida de viabilidade da execução – pela constrição sobre o referido imóvel.

Sobre a repercussão em concreto da penhora na atividade da agravante, em tese não se me revela sobremodo gravoso o

---

<sup>2</sup> Ementa de ac. da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 9/12/2008, no AgRg na MC 14919/RS, Rel.: Min. Aldir Passarinho Junior, pub. *DJe* 2/2/2009. Grifei.

comprometimento de 3% (três por cento) de seu faturamento mensal para saldar as dívidas tributárias, máxime diante do alto valor da dívida exequenda.

Posto isso, nego o pedido de antecipação da tutela recursal. [...]

Ao lume de tal apreciação, cujos fundamentos também passo a adotar, não verifico razões que dêem guarida à pretensão do agravante.

Contudo, acolho em parte a súplica do agravante para reduzir a constrição a um percentual de 2% sobre o faturamento, rejeitando a oferta de penhora sobre o imóvel apontado.

Como já sublinhado pela Fazenda Nacional, sobre o imóvel oferecido já incidem penhoras cujo montante das dívidas que tenciona garantir já ultrapassam o valor do imóvel, de sorte que a pretensão de uma nova penhora sobre o mesmo bem, na prática, não asseguraria o pagamento da vultosa dívida a que se destinaria garantir.

Não se pode olvidar, outrossim, que a penhora sobre o faturamento apenas foi formulada após esgotadas todas diligências de localização de outros bens desembaraçados de propriedade da devedora que pudessem satisfazer o débito, não restando outra opção para melhor garantir o pagamento das dívidas em execução, sob pena de torná-la impagável.

Não conheço o agravo regimental interposto pelo agravante, pois que, segundo nova dicção do art. 527, parágrafo único, do CPC, dada pela Lei nº 11.187/05, o despacho do relator que concede ou nega efeito suspensivo ou a antecipação da tutela recursal ao agravo de instrumento não é atacável por qualquer espécie de recurso.

Por tais fundamentos, dou parcial provimento ao agravo de instrumento e não conheço do agravo regimental.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 3.974-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: OSMAR DE AZEVEDO CUNHA  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MARIA GAMA DA CÂMARA E OUTROS  
(APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CONTAGEM DO TEMPO PARA OBTENÇÃO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE OPÇÃO DO SEGURADO. PRECEDENTES. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESCABIMENTO. JUROS DE MORA. ISENÇÃO DAS CUSTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111/STJ.***

***- Ação em que se discute o direito de o segurado renunciar a benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional para obtenção de outro mais vantajoso, após contagem de tempo de serviço pós-concessão.***

***- Inexistindo vedação constitucional ou legal, revela-se possível a renúncia à aposentadoria, com objetivo de se computar o tempo de serviço posterior à obtenção do benefício, para fins de concessão de aposentadoria mais vantajosa.***

***- A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.***

***- Os juros de mora são de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Apelação e remessa oficial providas neste ponto.***



- De acordo com o disposto no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.620/93 e da Lei nº 9.289/96, o INSS, como autarquia federal, goza do privilégio da isenção do pagamento de custas nos feitos em que atue como autor, réu, assistente ou oponente, o que não o desobriga do encargo de reembolsar as despesas antecipadas pela parte autora, contudo, sendo esta beneficiária da Justiça Gratuita, não há despesas a serem reembolsadas pelo INSS, estando isento de tal condenação. Remessa oficial provida neste ponto.**
- Os honorários advocatícios são de 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos da Súmula nº 111/STJ. Apelação e remessa oficial providas neste ponto.**
- Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ.**
- Apelação do INSS e remessa oficial providas em parte.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação contra sentença (fls. 80/84) que julgou procedente o pedido, condenando o INSS a reconhecer o direito do autor à concessão de uma nova aposentadoria por tempo de contribuição, com o cancelamento da aposentadoria por tempo de

serviço (NB nº 101.176.675-0 – Espécie 42) que lhe foi outorgada em 15.02.96, ficando assegurada, ainda, a aferição da RMI com base na média dos 36 (trinta e seis) salários de contribuição anteriores ao requerimento administrativo (29.05.2008), com o pagamento das prestações em atraso a partir desta data, devidamente deduzidas dos valores pagos a título de aposentadoria por tempo de serviço até a efetiva implantação da nova aposentação mais favorável, acrescidas de correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação.

No recurso, alega o INSS que não é possível a desaposentação, em face do que dispõe o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Sustenta que o contribuinte em gozo de aposentadoria pertence a uma espécie que apenas contribui para o custeio do sistema e não para a obtenção de aposentadoria. Afirma que o ato jurídico perfeito da aposentadoria não pode ser alterado de forma unilateral. Argumenta, ainda, que os valores recebidos até a data do cancelamento da aposentadoria devem ser compensados com os novos valores que passarão a ser devidos, pois o cancelamento de um benefício previdenciário (principal) tem necessariamente como consequência lógica também o cancelamento de todas as rendas e vantagens auferidas em função de sua concessão (acessório). Aduz que, em relação aos juros de mora, deve-se aplicar o que preceitua a Lei nº 9.494/97. Preconiza que os honorários advocatícios devem ser estabelecidos nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com aplicação da Súmula nº 111/STJ.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos, sendo-me distribuídos.

A r. sentença está sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Cuida a hipótese de apelação e de remessa oficial da sentença (fls. 80/84) que julgou procedente o pedido da parte autora para cancelar sua aposentadoria previdenciária na modalidade propor-

cional e conceder-lhe outra na modalidade integral, aproveitando-se o tempo posterior ao primeiro benefício, sob os fundamentos de que é válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito.

A desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada. É o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Na verdade, trata-se de uma prerrogativa do jubilado de unificar os seus tempos de serviço/contribuição numa nova aposentadoria.

Como se sabe, a concessão da aposentadoria por idade, por tempo de serviço/contribuição e especial se dá com a manifestação da vontade do beneficiário, tanto que o segurado pode preferir optar por permanecer em atividade, mesmo quando preencha todos os requisitos que lhe garantam a aposentadoria. Deste modo, se a Previdência não pode compelir o trabalhador a se aposentar contra a sua vontade, ainda que complete os pressupostos que a ensejam, de igual maneira, também, não pode obrigá-lo a manter-se aposentado. Por isso, entendo que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse.

Por outro lado, a Constituição Federal não veda a desaposentação; pelo contrário, garante a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana (art. 201, § 9º). Destaco, por oportuno, que a Legislação Básica da Previdência Social é omissa quanto ao assunto, vedando apenas a concessão de novo benefício (com exceção do salário-família e reabilitação profissional) ao segurado já aposentado (cumulação de benefícios), com fundamento no tempo de serviço/contribuição, decorrente de atividade profissional exercida após a concessão da primeira aposentadoria (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97).

O que o comando supracitado quer dizer apenas é que não pode o segurado aposentado pelo RGPS, que permanece ou volta a desempenhar atividade laborativa que lhe garantiria nova apo-

sentadoria, obtê-la em cumulatividade com outra de que já desfruta. Por isso é que o entendimento corrente é no sentido de que o tempo de serviço posterior à aposentadoria não gera direito à nova aposentação, nem pode ser computado para fins de aumento de coeficiente proporcional.

Neste contexto, aliás, a própria lei de benefícios da Previdência Social (art. 124, II, Lei nº 8.213/91) veda expressamente, salvo no caso de direito adquirido, a cumulação de mais de uma aposentadoria. Destarte, o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 deve ser interpretado de forma sistemática com o art. 124, II, da mencionada Lei, no sentido de tão somente proibir a concessão de nova aposentadoria ao segurado já aposentado, que permanece ou retorna à atividade profissional, se redundar em cumulatividade de aposentadorias.

Com efeito, havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso II do art. 124 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual não é permitido o recebimento conjunto de mais de uma aposentadoria, uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício.

Como bem salientou o ilustre juiz sentenciante, é bom frisar com ênfase que *“(...) não é a acumulação de duas aposentadorias que o postulante está a requerer, e sim a desconstituição da primeira aposentação concedida e a outorga de outra em substituição à anterior. Daí porque o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, torna-se inaplicável à hipótese em particular”*. (Fls. 80/84).

Em suma, a proibição de novos benefícios previdenciários pelo trabalho exercido após a aposentadoria (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97), diz respeito somente à cumulação de benefícios, não impedindo a renúncia de aposentadoria. Deste modo, ocorrendo a renúncia, tem-se por afastada a vedação legal, por não mais se tratar da situação disciplinada pela norma.

Ressalto que somente o Decreto nº 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº 3.265/99, estabelece que os benefícios concedidos pela Previdência Social são irreversíveis (ato jurídico perfeito) e irrenunciáveis (dado o seu caráter alimentar). No entanto,

entendo que, apesar disso, não vislumbro óbice legal ao exercício do direito de renúncia, vez que vedação emanada do Decreto nº 3.048/99 (art. 181-B) não tem força para criar, extinguir ou modificar direito, dada sua natureza meramente regulamentadora, pelo que tal impedimento só seria possível mediante lei no sentido formal. Ademais, esta vedação foi instituída com a finalidade de preservar o interesse do segurado e não de obstar a opção por outro benefício mais vantajoso.

Argumentar-se-ia ainda que se trata de ato jurídico perfeito e, portanto, insusceptível de modificação. O ato jurídico perfeito, tal como o direito adquirido, assegura a manutenção de situação jurídica que não pode ser modificada por juízos unilaterais, de uma das partes ou de terceiros. Todavia enquanto direito, pode ser renunciado ou transacionado, desde que não se trate de direitos personalíssimos. Do mesmo modo, até mesmo o direito conferido por uma sentença transitada em julgado, pode ser objeto de renúncia ou transação.

Diante de tudo o que foi exposto, entendo que não há óbice à renúncia pretendida pelo segurado. Esse também é o entendimento do colendo STJ e desta egrégia Corte, conforme pode ser observado nos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBRI-GATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário.

2. “O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos”. (REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05).

3. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp nº 663.336, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ. 07.02.2008).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

(*omissis*)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGREsp nº 1.055.431, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJE 09.11.2009).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBRIATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS *EX TUNC* DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos *ex tunc* e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o im-

provimento do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp nº 328.10, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 20.10.2008).

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CONTAGEM DO TEMPO PARA OBTENÇÃO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE OPÇÃO DO SEGURADO. PRECEDENTES.

- Ação em que se discute o direito do segurado renunciar benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional para obtenção de outro mais vantajoso, após contagem de tempo de serviço pós-concessão.

- Inexistindo vedação constitucional ou legal, revela-se possível a renúncia à aposentadoria, com objetivo de se computar o tempo de serviço posterior à obtenção do benefício, para fins de concessão de aposentadoria mais vantajosa. (Precedentes)

- “O entendimento firmado na jurisprudência é no sentido de que o ato de renunciar à aposentadoria tem efeitos *ex nunc*, não gerando para o segurado o dever de restituição dos valores recebidos”. (Precedente: REsp 557.231/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2008)

- Súmula 256/STF: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF-5ªR, AC nº 429.059, Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto, 2ª Turma, DJ. 05.08.2009, pág. 85, nº 148).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO. EXPEDIÇÃO. DIREITO

1 - É possível renunciar o direito de continuar percebendo aposentadoria por tempo de serviço, em razão de ser o mesmo classificado como patrimonial disponível, o que torna viável a expedição da Certidão de Tempo de Serviço, por inexistência de vedação legal.

2 - Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF-5ª R. - AMS 2002.82.00.006142-1 - (85484) - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel - DJU 06.08.2008 - p. 223)

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CONTAGEM DO TEMPO PARA OBTENÇÃO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE OPÇÃO DO SEGURADO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PERCEBIDAS.

- É possível a renúncia da aposentadoria previdenciária com vistas a possibilitar a contagem do mesmo tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária, mais vantajosa para o beneficiário. Precedentes do e. STJ e deste TRF.

- Não se faz necessária a devolução dos valores pagos a título de aposentadoria previdenciária, porquanto tais valores, à época da percepção, eram devidos. Apelação provida e remessa obrigatória improvida.

(TRF-5ªR, AMS nº 96.886, Rel. José Maria Lucena, 1ª Turma, *DJ*. 30.05.2007, pág. 726, nº 103)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL AO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RENÚNCIA A FIM DE OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. PRECEDENTES DO STJ. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL.

- Possibilidade de renúncia de benefício previdenciário, por se cuidar de um direito patrimonial disponível. Precedentes do STJ.

- A proibição de novos benefícios previdenciários pelo trabalho exercido após a aposentadoria, contida no art. 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91 (com a redação dada pela Lei nº 9.528/97), por sua vez, diz respeito à cumulação de benefícios, mas não impede a renúncia à aposentadoria, desaparecendo daí a vedação legal.

- O autor, após a obtenção de aposentadoria proporcional, continuou a contribuir com o Regime Geral da Previdência Social, perfazendo tempo de contribuição suficiente para o usufruto de aposentadoria integral, pelo que faz jus à concessão do benefício, consoante os termos da d. sentença guerreada.

- Apelação e remessa oficial tida como interposta improvidas.

(TRF-5ª R, AC nº 441.071, Rel. Des. Fed. Hélio Sílvio Ourém Campos, 4ª Turma, *DJE* 01.12.2009, pág. 403)

Por fim, também não há que se condicionar o direito à repetição de valores que foram recebidos em face da aposentadoria



anteriormente concedida, porque se não há irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído aos cofres públicos.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO-CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBIGATORIEDADE.

(*omissis*)

4. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AGREsp nº 1.107.638, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJE 25.05.2009).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS *EX TUNC* DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos *ex tunc* e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improvimento do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp nº 328.10, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 20.10.2008).

Destarte, considerando que a parte autora, após a obtenção de aposentadoria proporcional, continuou a contribuir com o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), perfazendo o tempo de serviço/contribuição suficiente para o usufruto da aposentadoria integral, tem-se que ela faz jus à concessão do benefício, consoante os termos da douda sentença guerreada.

Quanto aos juros de mora, observe-se que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5 % (meio por cento) ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Todavia, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu alteração em junho de 2009, quando foi fixado novo critério de reajuste e incidência de juros de mora, o qual deve ser aplicado na elaboração da conta, a partir do mês de julho de 2009, como preceitua o art. 5º da Lei nº 11.960/2009.

Sendo assim, os juros de mora devem ser de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Apelação e remessa oficial providas neste ponto.

Quanto à correção monetária deve ser aplicada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Neste sentido: *TRF-5ªR, AC nº 409.392/PB, Rel. Des. Fed. Manuel Maia, 2ª Turma, j. 31.03.2009, DJ. 13.05.2009, pág. 108, nº 89 e AC nº 451.293/SE, Rel. Des. Fed. Barros Dias, 2ª Turma, j. 07.04.2009, DJ. 29.04.2009, pág. 244, nº 80 e AC nº 403.193/RN,*

*Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, 3ª Turma, j. 18.01.2007, DJ 13.03.2007, pág. 536, nº 49.*

Todavia, tal entendimento deve prevalecer até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Apelação e remessa oficial providas neste ponto.

De acordo com o disposto no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.620/93 e da Lei nº 9.289/96, o INSS, como autarquia federal, goza do privilégio da isenção do pagamento de custas nos feitos em que atue como autor, réu, assistente ou oponente, o que não o desobriga do encargo de reembolsar as despesas antecipadas pela parte autora, contudo, sendo esta beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 63), não há despesas a serem reembolsadas pelo INSS, estando isento de tal condenação. Remessa oficial provida neste ponto.

Neste sentido: *TRF-5ªR, AC nº 451.083/CE, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, j. 11.09.2008, DJ. 14.11.2008, pág. 251, nº 222.*

Em relação à verba advocatícia, destaco que, a despeito do comando contido no art. 20, § 4º, do CPC, vem esta Turma entendendo razoável que, nas causas previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) do valor total da condenação, nos termos da Súmula nº 111/STJ. Neste sentido: *TRF-5ªR, AC nº 433.236/CE, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, 2ª Turma, j. 07.04.2009, DJ. 06.05.2009, pág. 268, nº 84; APELREEX nº 4.021/PB, Rel. Des. Fed. Manuel Maia, 2ª Turma, j. 17.03.2009, DJ. 22.04.2009, pág. 308, nº 75 e AC nº. 387.838/CE, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, 3ª Turma, j. 06.07.2006, DJ. 21.08.2006, pág. 594, nº 160.* Apelação e remessa oficial providas neste ponto, apenas para aplicar a Súmula nº 111/STJ.

Posto isso, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial, para determinar que os juros de mora sejam de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, isentar o INSS do pagamento das custas e aplicar a Súmula nº 111/STJ.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 9.698-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelante: UNIÃO  
Apelado: VINICIUS ROCHA NEVES  
Advs./Procs.: DRS. VOLNEY DA SILVA AMARAL E OUTROS (APDO.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO.DIREITO SUPERVENIENTE. POSSE DO CANDIDATO EM CARGO PUBLICO FALTANDO POUCOS DIAS PARA ATINGIR A IDADE MÍNIMA EXIGIDA.APLICAÇÃO DO ART. 7º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.EXERCÍCIO DO CARGO CONDICIONADO AO ATINGIMENTO DOS DEZOITO ANOS.***

***- A hipótese é de mandado de segurança em que se buscou assegurar a posse e exercício em cargo público sem a exigência do requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos.***

***- Cumpre observar que à época em que foi proferida a sentença recorrida (23 de outubro de 2009) o apelado já havia tomado posse no cargo em 08/09/2009 e entrado em exercício no aludido cargo público ao atingir 18 anos de idade, em 22 de setembro de 2009.***

***- Nestas circunstâncias, em face da ocorrência de tal fato superveniente qual seja, atingimento da idade mínima para a investidura no cargo público, restou cessado o impedimento legal.***

***- Precedente: TRF4, Terceira Turma, REO 200670000061418, Relator: Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, julg. 14/11/2006, publ. DE: 31/07/2007, decisão unânime.***

***- Ademais, nos termos do art. 13, § 1º, da Lei nº 8.112/90, a não concretização do ato de posse do candidato poderá inviabilizar seu reconhecimento.***

**to como servidor público perante a Administração caso haja desobediência à determinação prevista no ordenamento.**

**- Embora o mesmo diploma legal estipule a idade mínima necessária para investidura no cargo público, qual seja, 18 (dezoito) anos de idade, em seu art. 5º, inciso V, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis, tal requisito deve ser aplicado ao caso com certa ressalva.**

**- Indiscutível que a investidura em cargo público se dá mediante a posse do candidato aprovado no referido cargo, entretanto, apenas a partir do efetivo exercício é que se configurará a relação concreta entre o servidor e a Administração Pública, quando se poderá exigir do servidor público o atendimento a todas obrigações, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo por ele ocupado.**

**- No caso dos autos, o agravante, embora aprovado no concurso para provimento em cargo de Assistente Técnico Administrativo da Receita Federal, na data limite para a posse (08.09.2009), ainda não contará com a idade mínima exigida para se qualificar como servidor público.**

**- Entretanto, o interessado obteve a maior idade no subsequente dia 22/09/09, quando completou os 18 (dezoito) anos necessários para a concretização do ato de investidura.**

**- Não obstante se trate de direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, a norma inserta no art. 7º, caput, se entende que merece aplicabilidade ao caso o disposto no inciso XXXIII, na medida em que há menção expressa à possibilidade de trabalho do menor de 18 (dezoito) anos, previsão inexistente no texto constitucional em relação aos servidores públicos. Dispõe o inciso mencionado que se proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos, negando-se o direito a qualquer tra-**

**balho apenas aos menores de 16 (dezesseis) anos.**

- **O referido dispositivo constitucional se configura como princípio sobre a acessibilidade do emprego aos jovens, estipulando os parâmetros que devem ser considerados na oferta de atividade laborativa aos menores de idade.**
- **Considerando que no caso em destaque, o menor candidato aprovado em concurso público conta com mais de 17 (dezesete) anos, não se poderia cogitar diante das disposições constitucionais a oferta de emprego ou cargo, seja ele público ou particular, que resultasse em exercício laborativo noturno, perigoso ou insalubre.**
- **A aprovação no concurso público se deu para o cargo de Assistente Técnico Administrativo da Receita Federal, de onde se pode deduzir e até mesmo concluir que nenhuma das ressalvas que o legislador constitucional previu para o trabalho os jovens entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos se configurará no trabalho que venha a ser desempenhado pelo jovem aprovado. Trata-se, pois, de cargo a ser exercido em área burocrática e administrativa, não se olvidando ou cogitando qualquer atividade que possa colocar em risco a saúde, a formação e o bem-estar do interessado.**
- **De qualquer maneira, mesmo amparado na garantia constitucional de acesso ao trabalho, há de se considerar também que no caso específico apresentado nos autos, o jovem possuindo 17 anos, 11 meses e alguns dias, completando 18 (dezoito) anos dentro dos quinze dias posteriores à data final possível para sua posse, pode-se invocar, até mesmo, a própria Lei nº 8.112/90, que em seu art. 15, § 1º, prevê o prazo de 15 (quinze) dias para o servidor empossado entrar em exercício.**
- **Assim, não há que se falar em impossibilidade do jovem interessado assumir todas as respon-**

**sabilidades civis, penais e administrativas decorrentes de sua condição de servidor público, já que muito embora a investidura se dê com a posse, apenas com o efetivo exercício se atribuirá todos os direitos e deveres inerentes à condição de integrante do funcionalismo público federal.**

**- Deste modo entendo que não se pode deixar de reconhecer o direito ao jovem candidato em assumir o cargo público almejado pois implicaria em submetê-lo a eventuais danos irreversíveis à sua eventual condição de servidor público e sua carreira como integrante do funcionalismo público federal, já que se estaria influenciando em seu detrimento na contagem do tempo de serviço público, bem como no proveito econômico dele decorrente.**

**- Assim, há de se manter a sentença que trilhou o entendimento por mim firmado na referida decisão deferitória da liminar no aludido agravo de instrumento por mim proferida para reconhecer o direito do autor em tomar posse no cargo de Assistente Técnico Administrativo no Ministério da Fazenda, no último dia do prazo, qual seja, 08.09.2009, mas restringindo sua entrada no exercício do referido cargo apenas a partir do dia 22.09.2009, quando já terá completado os (dezoito) anos de idade.**

**- Apelação e remessa oficial improvidas.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação e remessa oficial interposta de sentença que em sede de ação mandamental, concedeu a segurança.

O mandado de segurança impetrado por VINICIUS ROCHA NEVES, buscou assegurar a sua posse e exercício em cargo público sem a exigência do requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos.

A UNIÃO, ora apelante, aduziu que no caso em tela, o requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos para posse em cargo público está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que somente a pessoa penalmente imputável (maior de 18 anos) poderá ser servidor público, porquanto não seria razoável admitir a existência de servidor público que não tivesse responsabilidade no âmbito criminal.

Sustentou que tanto a Constituição Federal, o art. 5º, V, da Lei nº 8.112/90 e o edital do concurso são taxativos quanto ao requisito da idade mínima.

Destacou, ainda, que reconhecer a posse de um menor acarretaria profundo desequilíbrio na aplicação do Estatuto do Servidor Público Federal em face da impossibilidade de lhe ser impostas as próprias responsabilidades previstas na Lei nº 8.112/90.

Enfatizou, também, que “o MM. Juiz sentenciante condicionou o início do exercício do mencionado cargo para somente depois do adimplemento da idade mínima de 18 anos pelo impetrado, que se deu em 22/09/2009. *Data maxima venia*, esse posicionamento do magistrado não encontra respaldo na melhor jurisprudência, pois a despeito de o impetrante hoje contar com mais de dezoito anos, o certo é que os requisitos para a investidura no cargo devem ser avaliados no momento da posse, consoante entendimento pretoriano já há muito pacificado” (fl. 145).

Por último, destacou que a sentença recorrida fere interesses de terceiros, sobretudo do aprovado, que figura imediatamente colocado além do número de vagas na ordem de classificação.



Requeru ao final, o provimento da apelação para o fim de reformar a sentença cassando a segurança por inexistência de direito líquido e certo em favor da pretensão do impetrante.

Contrarrazões apresentadas.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Discute-se nos presentes autos se o impetrante aprovado em concurso público para o cargo de Assistente Técnico Administrativo do Ministério da Fazenda e nomeado através da Portaria nº 360, publicada no Diário Oficial do dia 06/08/09 poderia ser investido no aludido cargo quando lhe restava do último dia designado para posse (08/09/09) 14 dias para completar 18 anos de idade.

Inicialmente cumpre observar que, à época em que foi proferida a sentença recorrida (23 de outubro de 2009), o apelado já havia tomado posse no cargo em 08/09/2009 e entrado em exercício no aludido cargo público ao atingir 18 anos de idade, em 22 de setembro de 2009.

Nestas circunstâncias, em face da ocorrência de tal fato superveniente, qual seja, o atingimento da idade mínima para a investidura no cargo público, restou cessado o impedimento legal.

Neste sentido, já decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região, *in verbis*:

**ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. IDADE MÍNIMA. EMANCIPAÇÃO. DIREITO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC.**

1. O pressuposto etário para investidura está estabelecido na **idade mínima** de 18 anos, que deve ser atingida até a data da posse, com a qual se perfectibiliza a investidura (art. 7º da Lei nº 8.112/90).

2. A emancipação da impetrante acarretou o preenchimento dos requisitos exigidos pelo Edital do certame. E caso a impetrante não houvesse completado a **idade mínima** para tomar posse, atingiu 18 anos no curso da lide, devendo o juiz levar em consideração tal fato **superveniente**, dando-se por superado o óbice legal que impedia a impe-

trante de ser investida no cargo para o qual fora habilitada em **concurso público**.

(Terceira Turma, REO 200670000061418, Relator: Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, julg. 14/11/2006, publ. DE: 31/07/2007, decisão unânime).

Ainda que assim não se considerasse não há como posso reformar a r. sentença, pelas razões já lançadas na decisão (cópia às fls. 101/106) por mim proferida no agravo de instrumento acima referido, cujos principais excertos, permito-me transcrever:

Vale trazer à baila o referido dispositivo legal previsto no art. 13, § 1º, da Lei nº 8.112/90:

Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

§ 1º A posse ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

Assim, a não concretização do ato de posse do candidato poderá inviabilizar seu reconhecimento como servidor público perante a Administração, caso haja desobediência à determinação prevista no ordenamento.

Não obstante o mesmo diploma legal estipule a idade mínima necessária para investidura no cargo público, qual seja, 18 (dezoito) anos de idade, em seu art. 5º, inciso V, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis, tal requisito deve ser aplicado ao caso com certa ressalva.

Indiscutível que a investidura em cargo público se dá mediante a posse do candidato aprovado no referido cargo, entretanto, apenas a partir do efetivo exercício é que se configurará a relação concreta entre o servidor e a Administração Pública, quando se poderá exigir do servidor público o atendimento a todas obrigações, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo por ele ocupado.

No caso dos autos, o agravante, embora aprovado no concurso para provimento em cargo de Assistente Técnico Administrativo da Receita Federal, na data limite para a posse (08.09.2009), ainda não contará com a idade mínima exigida para se qualificar como servidor público.

Entretanto, o interessado obterá a maior idade já no subsequente dia 22, quando completará os 18 (dezoito) anos necessários para a concretização do ato de investidura.

Apesar da boa fundamentação exposta na decisão judicial recorrida, através da qual se estabeleceu a imprescindibilidade da idade mínima já na data da posse, entendo que a peculiaridade do caso concreto reclama verdadeira ressalva ao disposto na letra da lei.

Assim, mesmo reconhecendo a previsão contida na Lei nº 8.112/90, ao estabelecer idade mínima necessária para investidura em cargo público, que evidentemente merece prevalência diante da aplicação dos dispositivos contidos no Código Civil (art. 5º, inciso III) que prevê a capacidade civil completa com o efetivo exercício de cargo público, entendo que a proximidade do aniversário do candidato, através do qual se configurará a idade mínima necessária exigida em lei é suficiente para acolhimento da pretensão do pedido apresentado.

Em primeiro lugar, antes mesmo de invocar o disposto na Lei nº 8.112/90, no que tange aos 18 (dezoito) anos necessários para investidura em cargo público, que como bem ressaltou o Juiz singular se configura como lei especial, há de se invocar a própria norma constitucional que trata do trabalho dos menores de 18 (dezoito) anos.

O art. 7º, inciso XXXVIII da nossa atual Constituição Federal, assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Não obstante se trate dos direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, conforme se depreende do *caput* do artigo supratranscrito, entendo que merece aplicabilidade ao caso o disposto no inciso XXXIII, na medida em que há menção expressa à possibilidade de trabalho do menor de 18 (dezoito) anos, previsão inexistente no texto constitucional em relação aos servidores públicos.

Dispõe o inciso mencionado que se proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos, negando-se o direito a qualquer trabalho apenas aos menores de 16 (dezesseis) anos.

O referido dispositivo constitucional se configura como princípio sobre a acessibilidade do emprego aos jovens, estipulando os parâmetros que devem ser considerados na oferta de atividade laborativa aos menores de idade.

Considerando que, no caso em destaque, o menor candidato aprovado em concurso público conta com mais de 17 (dezesete) anos, não se poderia cogitar diante das disposições constitucionais a oferta de emprego ou cargo, seja ele público ou particular, que resultasse em exercício laborativo noturno, perigoso ou insalubre.

A aprovação no concurso público se deu para o cargo de Assistente Técnico Administrativo da Receita Federal, de onde se pode deduzir e até mesmo concluir que nenhuma das ressalvas que o legislador constitucional previu para o trabalho dos jovens entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos se configurará no trabalho que venha a ser desempenhado pelo jovem aprovado. Trata-se, pois, de cargo a ser exercido em área burocrática e administrativa, não se olvidando ou cogitando qualquer atividade que possa colocar em risco a saúde, a formação e o bem-estar do interessado.

De qualquer maneira, mesmo amparado na garantia constitucional de acesso ao trabalho, há de se considerar também que no caso específico apresentado nos autos, o jovem possuindo 17 anos, 11 meses e alguns dias, completando 18 (dezoito) anos dentro dos quinze dias posteriores à data final possível para sua posse, pode-se invocar, até mesmo, a própria Lei nº 8.112/90, que em seu art. 15, § 1º, prevê o prazo de 15 (quinze) dias para o servidor empossado entrar em exercício.

Vale transcrever o trecho da lei:

Art. 15. Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 1º É de quinze dias o prazo para o servidor empossado em cargo público entrar em exercício, contados da data da posse. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

Diante, portanto, primeiro da peculiaridade do caso concreto aliada ao prazo legal para o aprovado entrar em exercício após a data final para sua posse, atende-se a todos os preceitos legais e constitucionais aplicáveis ao caso, acolhendo-se a pretensão do jovem, ao se reconhecer sua posse para o dia 08.09.2009 e o seu exercício apenas a partir do dia 22.09.2009, quando já terá os 18 (dezoito) anos completos.

Assim, não há que se falar em impossibilidade do jovem interessado assumir todas as responsabilidades civis, penais e administrativas decorrentes de sua condição de servidor público, já que muito embora a investidura se dê com a posse, apenas com o efetivo exercício se atribuirá todos os direitos e deveres inerentes à condição de integrante do funcionalismo público federal.

Por último, apenas a título de reforço argumentativo, consta nos autos, à fl. 50, escritura de emancipação, através da qual se concede a cessão da capacidade total para todos os atos da vida civil em favor do Autor/Agravante (Vinícius Rocha Neves), emitida pelos seus genitores, responsáveis legais (Delson Costa Neves e Roseneli Rocha Costa Neves).

Muito embora os efeitos da capacidade civil possam ser restringidos, no que tange à produção de efeitos no sistema do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis, até pelas razões anteriormente adiantadas, há de se considerar a referida emancipação como mais um fundamento em favor da validade apenas da posse do candidato/agravante, já que o ato de empossamento será o único que efetivamente se concretizará antes da data natalícia do 18º (décimo oitavo) aniversário do interessado.

Deste modo entendo que não se pode deixar de reconhecer o direito ao jovem candidato em assumir o cargo público almejado pois implicaria em submetê-lo a eventuais danos irreversíveis à

sua eventual condição de servidor público e sua carreira como integrante do funcionalismo público federal, já que se estaria influenciando em seu detrimento na contagem do tempo de serviço público, bem como no proveito econômico dele decorrente.

Assim, há de se manter a sentença que trilhou o entendimento por mim firmado na referida decisão deferitória da liminar no aludido agravo de instrumento por mim proferida para reconhecer o direito do autor em tomar posse no cargo de Assistente Técnico Administrativo no Ministério da Fazenda, no último dia do prazo, qual seja, 08.09.2009, mas restringindo sua entrada no exercício do referido cargo apenas a partir do dia 22.09.2009, quando já terá completado os (dezoito) anos de idade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 395.027-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelantes: LUIZA MARTINS DE MELO E UNIÃO  
Apelado: RAIMUNDO BASTOS DA SILVA FILHO  
Advs./Procs.: DRS. WEBER XAVIER DE OLIVEIRA E OUTRO (1ª APTÉ.) E EMANUEL PAIVA PALHANO (APDO.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. DIVISÃO EM PARTES IGUAIS ENTRE VIÚVA E COMPANHEIRO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL E PROVA TESTEMUNHAL. EXISTÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CONCESSÃO DA COTA PARTE DO BENEFÍCIO. ART. 226, § 3º, DA CF/88.***

***- Versa o presente feito sobre a possibilidade de rateio de pensão por morte do Sr. Moacir Gomes de Melo, falecido em 27.09.2001, em partes***

***iguais, entre a viúva do de cujus, Sra. Luiza Martins de Melo, e o companheiro do mesmo, Sr. Raimundo Bastos da Silva Filho, com quem mantinha relacionamento homoafetivo.***

***- Descabe falar-se em impossibilidade jurídica do pedido uma vez que o benefício vindicado tem previsão legal.***

***- “A lei, só por si, não extingue comportamentos racistas, preconceituosos, discriminatórios ou mesmo criminosos, necessitando, antes, de uma conscientização da coletividade sobre serem odiosas as condutas assim tipificadas. Não é a falta de uma lei específica sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas que vai alijar o requerente do seu direito de obter, comprovados os requisitos objetivos da união (convivência, relação amorosa, dependência econômica e publicidade da condição), o reconhecimento da existência de uma união estável propiciadora da pensão por morte requestada” (TRF 1ª Região; AC 2002.38.00.043831-2/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ, p. 25, de 19/01/2007).***

***- A Lei nº 8.112/90 prescreve, no art. 217, I, c, o companheiro ou companheira como beneficiário de pensão, desde que comprovada a união estável, como se observam nos presentes autos.***

***- Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de pensão por morte, é devida a cota de pensão por morte, desde a data do requerimento administrativo.***

***- Apelações e remessa oficial improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelações contra sentença da 1ª vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que deferiu o pedido de tutela antecipada formulado na exordial, para determinar que a União conceda ao autor o benefício de pensão por morte instituído pelo ex-servidor Moacir Gomes de Melo, habilitando-o na quota-parte de 50% do seu valor, até ulterior deliberação judicial. Julgou, ainda, procedente, em parte, o pedido formulado na inaugural, para, incidentalmente, reconhecer a existência da união homoafetiva entre o autor e o *de cujus*, apenas para os fins de recebimento do benefício de pensão por morte, e, ato contínuo, condenar a União a conceder ao Autor o benefício de pensão por morte instituído pelo ex-servidor MOACIR GOMES DE MELO, a teor do disposto no art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90, habilitando-o na quota parte de 50% do seu valor, em face da existência de uma outra beneficiária (Sra. Luiza Martins de Melo), com efeitos financeiros a partir da data de protocolização do requerimento na seara administrativa. Sobre as parcelas em atraso deverão incidir juros de mora, no percentual de 1,0%, ao mês, a contar da citação válida, e correção monetária, a partir de quando deveria ter sido efetuado o pagamento das parcelas aqui perseguidas, nos moldes estatuídos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal. Condenou as rés ao ressarcimento da verba honorária advocatícia, no valor de R\$ 2.000,00, *pro rata*, diante da ausência de complexidade do caso, em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Ausência de imposição do ônus do ressarcimento de custas processuais, tendo em vista o fato de o Requerente encontrar-se litigando sob o pálio da assistência judiciária gratuita. Sentença sujeita ao duplo grau.

Em sua apelação **LUÍZA MARTINS DE MELO** requer o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, anulando os atos praticados na audiência de instrução, assim como, a decisão



proferida pelo Juiz *a quo*, por conseguinte, seus efeitos, restituindo-se integralmente à Apelante o benefício à pensão por morte instituída pelo ex-servidor da Delegacia da Receita Federal, seu esposo e companheiro Moacir Gomes de Melo, determinando a realização de nova audiência de instrução para a ouvida das partes e suas testemunhas e, em seguida, a prolação do *decisum*. Caso não seja esse o entendimento, requer seja provido este recurso, considerando a relevância na sua fundamentação, o prequestionamento acerca do entendimento sobre o tema dos autos, bem como todo o alegado e provado que conduz a opinião diversa da proferida na r. decisão, cuja total reforma é de rigor, por não haver qualquer previsão legal, seja através de amparo da Lei Federal nº 10.406/2002 do Código Civil, tampouco na Constituição Federal. Pede seja acolhido o apelo para assegurar o direito da apelante em prosseguir regularmente percebendo o benefício integral de pensão por morte instituída pelo ex-servidor da Delegacia da Receita Federal, Moacir Gomes de Melo, pois, sendo esposa, companheira e dependente daquele, sua pretensão é legítima e tem amparo legal no Código Civil e na Constituição Federal. Reitera o pedido de justiça gratuita.

A **UNIÃO**, por sua vez, alega que o pagamento requerido pela parte autora, a título de pensão, importa em lesão grave e de difícil reparação aos cofres públicos. Requer seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, suspendendo-se, também, os efeitos da concessão da antecipação de tutela, nos termos do art. 558, parágrafo único, do CPC, bem como que seja extinto o feito, sem julgamento do mérito, face à impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, alega que o instituidor do benefício jamais designou o Sr. Raimundo como seu companheiro e dependente, até porque já era casado com a Sra. Luíza Martins de Melo.

Anexado aos autos, às fls. 225/252, cópia do agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto pela Sra. Luíza Martins de Melo.

Requerimento do Sr. Raimundo Bastos da Silva (fls. 257/258), para que o feito fosse chamado à ordem, a fim de proceder à exclusão da petição protocolada em data intempestiva, bem como dos documentos também intempestivos, ou que saneie os autos de acordo com seu entendimento, devolvendo-se o prazo para que

o requerente/apelando possa ofertar as contrarrazões aos recursos devidamente ajuizados.

Contrarrazões não apresentadas.

Despacho do Desembargador Federal Francisco Barros Dias (fls. 266), determinando a remessa dos autos à distribuição, por declarar-se impedido, face a sua atuação na condição de Juiz do Primeiro Grau de Jurisdição, em ação de Justificação Judicial.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Versa o presente sobre rateio de pensão por morte do Sr. Moacir Gomes de Melo, falecido em 27.09.2001, em partes iguais, entre a viúva do *de cuius*, Sra. Luiza Martins de Melo, e seu companheiro do mesmo, Sr. Raimundo Bastos da Silva Filho.

A impossibilidade jurídica do pedido revela-se como uma forma de limitação à regra geral, nas hipóteses em que a demanda se mostra incompatível com o ordenamento jurídico. Não é o caso dos autos, já que a tutela jurisdicional não encontra proibição no ordenamento. A interpretação que vem sendo consolidada pelos nossos Tribunais defende a ótica de que não se deve ignorar os princípios norteadores da Lei Maior, que consagram a igualdade em seu artigos 3º, IV, e 5º em detrimento da discriminação preconceituosa. Preliminar rejeitada.

Quanto ao mérito, entendo que a sentença não merece reparos, no entanto, existem aspectos importantes a serem considerados como o fato de que, quando em vida, o *de cuius* convivia, simultaneamente, dentro da mesma casa, com a esposa e seu companheiro.

À fl. 119, alega o autor Raimundo Bastos da Silva Filho que “Antes de seu falecimento, temendo não ter como assegurar a almejada estabilidade ao seu companheiro, o Sr. Moacir Gomes de Melo se casou com a Sra. Luiza Martins de Melo”. Essa assertiva explica a convivência das partes envolvidas debaixo do mesmo teto.

Antes de adentrar ao caso, ressalto que a Lei nº 8.112/90 prescreve, no art. 217, I, c, o companheiro ou companheira como beneficiário de pensão, desde que comprovada a união estável, *in verbis*:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

...)

c) o companheiro ou companheira designado que comprovou união estável como entidade familiar;

Sobre a matéria, rezam o art. 226 e seu § 3º da CF/88:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Parágrafo 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Transcrevo, ainda, por oportuno, posicionamentos jurisprudenciais sobre a matéria, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESNECESSIDADE DE INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. ISENÇÃO.

1. As declarações particulares colacionadas aos autos, equiparáveis à prova testemunhal, são uníssonas em confirmar a união estável entre a autora e seu falecido companheiro.

2. A Lei nº 8.213/91 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não ocorrendo tal exigência para fins de comprovação de união estável. Precedentes.

3. A teor do art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91, a dependência da companheira é presumida.

4. Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício previdenciário (art. 74 da Lei 8.213/91), é devido o restabelecimento da pensão por morte, desde a data do seu cancelamento, respeitada a prescrição das parcelas

eventualmente vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da presente ação.

5. Os juros de mora de 1% ao mês devem ser contados da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores. Orientação d Primeira Seção e do STJ.

6. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

7. Os honorários de advogado devem ser reduzidos para 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 20, § 3º, do CPC.

8. O INSS goza de isenção de custas nas causas ajuizadas na Justiça Estadual de Minas Gerais, por força do disposto no art.10, inciso I, da Lei Estadual nº 12.427, de 27 de dezembro de 1996, vigente à época da prolação da sentença, hoje revogada pela Lei estadual nº 14.939, de 29 de dezembro de 2003 (art. 10, I, de mesmo teor).

9. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas, nos termos dos itens 4 a 8.

(AC 1997.01.00.055718-9/MG, Rel. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos (conv), Segunda Turma, e-*DJF1*, p.58 de 14/04/2008)

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. SENTENÇA MANTIDA.

**1. A Lei nº 8.213/91 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não havendo tal exigência para fins de comprovação de união estável.** Precedentes desta e. Corte e do colendo STJ: AC 2001.01.99.047480-6/MG, Relator Juiz Iran Velasco Nascimento (Conv.), Primeira Turma, *DJ* 02/06/2003, p. 76; AC 2000.01.00.066000-8/MG, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, *DJ* de 21/06/2002, p. 41; AC 1997.01.00.037724-1/MG, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, *DJ*

de 30/03/2001, p. 522 e REsp 326717, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ de 18/11/2002, p. 300 e REsp 296.128/SE. Rel. Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. DJ de 04/02/2002, p. 475.

2. O art. 16, § 3º, da Lei 8.213/91 considera como companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou segurada da Previdência Social, nos termos constitucionalmente previstos, sendo que o § 4º do mesmo diploma legal considera que a dependência econômica entre eles é presumida.

3. Tendo a autora provado que viveu maritalmente com o *de cujus*, por mais de 20 anos, com o qual teve 11 (onze) filhos, faz jus ao reconhecimento da união estável e ao recebimento da pensão pela morte do mesmo, pelo que não merece reforma a r. sentença que julgou procedente o pedido

4. Apelação e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento.

(AC 1997.01.00.024006-8/GO, Rel Juiz Federal MANOEL JOSÉ FERREIRA NUNES (CONV.), 1ª Turma Suplementar, unânime, in DJ 07/10/2004, p. 31).

**PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM CONFORMIDADE COM O ART. 20, § 3º DO CPC E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. EXCLUSÃO DAS PARCELAS VENDIDAS APÓS A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA.**

**1. Comprovada a união estável com o ex-segurado da Previdência Social, por prova testemunhal, a autora faz jus ao benefício da pensão por morte.**

2. A dependência econômica da companheira com o *de cujus*, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, é presumida.

3. Falecido o segurado no dia 10.8.98, e tendo sido formulado requerimento administrativo após 30 (trinta) dias do óbito, o termo inicial do benefício é a data do requerimento administrativo, nos termos do art. 74 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97.

4. Verba honorária fixada em conformidade com o artigo 20, § 3º, do CPC e a jurisprudência desta Corte.

5. Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a publicação da sentença (Súmula 111 do STJ).

6. Apelação e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

(AC 2001.38.00.004492-9/MG, Rel. Des. Federal ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, 1ª Turma, unânime, in DJ 11/10/2004, p. 17).

Por oportuno, colaciono trecho da sentença monocrática (fls. 169/171), *verbis*:

45. Constatado que vários são os documentos existentes nos autos evidenciadores do relacionamento convolado pelo autor com a pessoa de Moacir Gomes de Melo, merecendo-se feita alusão às fotografias acostadas à fl. 13 do álbum processual, bem como o documento constante da fl. 18, revelador que é da aquisição de apólice de seguro pela pessoa de Moacir Gomes de Melo, instituindo como beneficiário a pessoa de Raimundo Bastos da Silva Filho, no caso o autor.

46. Corroborada, ainda, com a tese autoral, a prova testemunhal produzida nos autos da Justificação Judicial de nº 2002.84.00.008056-0, proposta pelo Suplicante, cujo trâmite desenvolveu-se perante a 3ª Vara. No teor do depoimento prestado em audiência há revelação da efetiva relação homoafetiva.

48. De todo o arcabouço probatório existente nos autos, exsurge a confirmação, a toda evidência, que o Sr. Moacir Gomes de Melo realmente viveu uma relação sólida, frequente, duradoura e de forma pública com o autor.

49. Estreme de toda a dúvida, portanto, a existência de relacionamento homoafetivo entre autor e o *de cujus*.

50. Ressalte-se, por fim, que o benefício de pensão terá como data inicial a data de protocolização do requerimento no âmbito administrativo, e não a data do óbito do ex-servidor, à míngua da demonstração do pronto requerimento logo após a ocorrência do óbito do ex-servidor.

*In casu*, como bem observado pelo douto juízo monocrático, os depoimentos confirmam a relação duradoura entre o autor e seu falecido companheiro, pelo que resta autorizada a concessão de pensão por morte.

Para fins de evitar futura alegação de omissão, ressalto a possibilidade do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, para fins de recebimento de benefício decorrente do falecimento do seu companheiro de relação homoafetiva.

A pretensão do autor encontra-se em harmonia com o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, no sentido de que afigura-se ilegal a negativa do reconhecimento dos mesmos direitos concedidos aos companheiros de sexos diferentes aos do mesmo sexo.

Sobre a matéria, confirmam-se as seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, I, C, DA LEI Nº 8.112/90.

**1. Havendo nos autos provas de sobejo na direção da constatação de que o requerente viveu em união homoafetiva com o ex-servidor falecido, durante mais de cinquenta anos, coabitando no mesmo endereço, mantendo cartão de crédito e conta bancária conjunta, além de se apresentarem no convívio social, assumindo publicamente a condição de companheiros, é de ser reconhecida a união estável, nos termos da Lei Maior e da 8.112/90.**

**2. A lei, só por si, não extingue comportamentos racistas, preconceituosos, discriminatórios ou mesmo criminosos, necessitando, antes, de uma conscientização da coletividade sobre serem odiosas as condutas assim tipificadas. Não é a falta de uma lei específica sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas que vai alijar o requerente do seu direito de obter, comprovados os requisitos objetivos da união (convivência, relação amorosa, dependência econômica e publicidade da condição), o reconhecimento da existência de uma união estável propiciadora da pensão por morte requestada.**

**3. Ademais, o art. 3º, IV, da Constituição Federal, consagra o princípio da não-discriminação, impondo ao legislador ordinário a necessidade de obediência a tal preceito por ocasião de sua atuação legiferante,**

**e possibilitando ao Poder Judiciário a observação dessa diretriz na interpretação e aplicação do direito posto no caso concreto.**

5. Assim, a correta inteligência do art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/90 há de ser compreendida no sentido de que também nas relações homoafetivas existe o direito à pensão por morte instituída pelo servidor falecido.

6. Apelação desprovida.

7. Remessa oficial parcialmente provida.

(AC 2002.38.00.043831-2/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, *DJ*, p. 25, de 19/01/2007)

**PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.**

1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais.

**2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário.**

3. “O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...” (Pontes de Miranda).

4. “O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos” (Jean Cruet).

5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela.

6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei.  
(AG 2003.01.00.000697-0/MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, *DJ*, p.27, de 29/04/2004)

**CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO COMO DEPENDENTE/BENEFICIÁRIO DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. GARANTIA DE FORMAÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL BRASILEIRO, ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.**

I - Afigura-se odiosa a negativa do reconhecimento dos



direitos concedidos às pessoas de sexos diferentes aos do mesmo sexo, inclusive aos relacionados com a inclusão como dependente/beneficiário de plano de assistência médica, porque tal discriminação preconceituosa afronta os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles, o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da marginalização e da redução das desigualdades sociais, e, também, o da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

II - O reconhecimento de vínculos entre pessoas do mesmo sexo atende, também, a defesa constitucional da unidade familiar, da promoção do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da legalidade, e, especificamente na espécie dos autos, da saúde, que é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196 da Constituição Federal).

**III - Se o homossexual não é cidadão de segunda categoria e sua opção ou condição sexual não lhe diminui direitos, muito menos, a dignidade de pessoa humana (STJ - REsp 238715/RS - Terceira Turma - DJ de 02/10/2006, p. 263) e, se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, caput), não há de se admitir a submissão de qualquer pessoa a tratamento discriminatório e marginalizador ou degradante, garantindo-se o desenvolvimento sustentável do patrimônio cultural do povo brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, como portadores de referência à identidade à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (CF, arts. 216, I e II), essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (CF, arts. 225, caput).**

IV - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(AMS 2005.34.00.013248-1/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ, p. 87, de 01/10/2007).

Deste último julgado, peço vênia ao Desembargador Federal Antonio de Souza Prudente, para transcrever o seguinte excerto do voto, que ora integro às minhas razões de decidir:

(...) Com efeito, tal discriminação preconceituosa afronta os princípios norteadores da Carta Magna, pois a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais, e, também, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I, III e IV), estabelecendo, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*).

Assim, nos termos dos artigos, em referência, homens e mulheres são iguais perante a lei, não sendo admitida a submissão de qualquer pessoa a tratamento discriminatório, marginalizador, desumano ou degradante, assegurando-se a liberdade de expressão e, por óbvio, de opção sexual, no que se estabelece também, o desenvolvimento sustentável do patrimônio cultural brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, como portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (CF, arts. 216, I e II), essenciais à sadia qualidade de vida, das presentes e futuras gerações (CF, arts. 225, *caput*). Há de se ver, ainda, que o reconhecimento de vínculos entre pessoas do mesmo sexo atende, também, a defesa constitucional da unidade familiar, da promoção do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, e, especificamente na espécie dos autos, da saúde, que é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196 da Constituição Federal).

Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício, é devido o deferimento da cota parte da pensão por morte, desde a data do requerimento administrativo.

Quanto à divisão de metade do pensionamento entre a viúva e o ex-companheiro, incide a orientação há muito firmada na Súmula nº 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

Súmula nº 159 / TFR - É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

Em face do exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial, mantendo a sentença monocrática em todos os seus termos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 420.361-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: MMS - ADMINISTRADORA, CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO LTDA.  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. CAIUS MARCELLUS DE ARAÚJO LACERDA E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. POLL HOTELEIRO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. NORMAS APLICÁVEIS ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS. ARTIGO 7º DO DECRETO-LEI Nº 2.303/1986 E ARTIGOS 148 E 149 DO DECRETO Nº 3.000/1999. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. MESMAS NORMAS DE APURAÇÃO E DE PAGAMENTO ESTABELECIDAS PARA O IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ALÍQUOTAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR. LEI Nº 9.065/1995. CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E A COFINS. LEI Nº 9.718/1998, ARTIGO 1º DA LEI Nº**

**10.637/2002, LEI Nº 10.833/2003 E LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91.**

**- Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.**

**- Segundo Ato Declaratório Interpretativo SRF 14/04, no sistema de locação conjunta de unidades imobiliárias denominado de pool hoteleiro, constituiu-se, independente de qualquer formalidade, Sociedade em Conta de Participação com o objetivo de lucro comum, onde a administradora (empresa hoteleira) é a sócia ostensiva e os proprietários das unidades imobiliárias integrantes do pool são os sócios ocultos.**

**- São receitas ou resultados da Sociedade em Conta de Participação (SCP) próprios, exemplificativamente, sujeitando-se às normas de tributação específicas do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS: as diárias, semanadas ou aluguéis, relativos às unidades integrantes do pool hoteleiro, inclusive de áreas de restaurantes, salão de convenções, lojas, etc., também integrantes do sistema de locação conjunta; os preços dos serviços prestados, os impostos e taxas incidentes sobre os imóveis, e os demais encargos locatícios, se cobrados, pela administradora, destacadamente das diárias, semanadas ou aluguéis; as indenizações recebidas por extravios e danos causados às unidades; as multas e juros de mora; o resultado das aplicações dos saldos financeiros da sociedade.**

**- É a administradora (empresa hoteleira), na qualidade de sócia ostensiva, a responsável pelo recolhimento do imposto e das contribuições devidas pela SCP, sem prejuízo do recolhimento do**

*imposto e das contribuições incidentes sobre suas próprias receitas ou resultados.*

*- Conforme giza a legislação do Imposto de Renda, tal sociedade é equiparada à pessoa jurídica, sendo, portanto, sujeita à tributação a título de IRPJ, CLSS, Contribuição para o PIS e COFINS.*

*- Para efeito de apuração das respectivas bases de cálculo, devem ser observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, a legislação pertinente a cada um dos tributos supracitados.*

*- Não há que se falar em limitação da tributação, a que está sujeita a sociedade em conta de participação, às comissões (taxas de intermediação) auferidas, sob pena de se inviabilizar a cobrança de tais tributos em relação aos valores repassados aos sócios ocultos e de se estimular a sonegação fiscal em vez de redundar em bitributação.*

*- A simplicidade da sociedade em conta de participação veio a ser praticamente extinta pelo Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, que alterou a legislação tributária, ferindo a fundo essa sociedade. O art. 7º desse diploma legal determinou que se equiparam à pessoa jurídica, para os efeitos da legislação do Imposto de Renda. O parágrafo único ainda determina que, na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Confira-se o teor deste dispositivo legal e de seu parágrafo único, regulamentado pelos arts. 148 e 149 do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999.*

*- No tocante à contribuição social sobre o lucro, aplicam-se as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em*

**vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995). (art. 57 da Lei nº 8.981/1995).**

**- Já quanto às contribuições para o PIS e para a COFINS, incidem os regramentos insertos da Lei nº 9.718/98, que estabelecem o faturamento como base de cálculo. Veja-se, nesse aspecto, o teor do seu art. 2º: As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001).**

**- Nos termos da Lei Complementar n.º 70/91, o aspecto material da hipótese de incidência da COFINS, ou seja, o faturamento mensal, corresponde à receita bruta, seja da venda de mercadorias, da prestação de serviços conjugada com a venda de mercadorias, bem como da prestação de serviços de qualquer natureza, englobando, portanto, as receitas decorrentes da locação de bens imóveis.**

**- Inocorrência de bitributação, caso haja pagamento dos tributos em comento pela pessoa jurídica, em face do recolhimento individual feito pelos proprietários dos imóveis locados em relação aos rendimentos auferidos. Isto porque, como bem explicita a Fazenda Nacional, às fls. 99-100, de sua peça contestatória, “os negócios celebrados na qualidade de sócia ostensiva de uma sociedade em conta de participação serão tributados diferentemente e em apartado dos negócios celebrados na condição de sociedade limitada. O mesmo ocorre com os sócios ocultos. Sendo eles pessoas físicas, por exemplo, estarão sujeitos a um regime de tributação enquanto tal e a outro enquanto membros de uma sociedade em conta de participação, bastando somente lembrar que, enquanto sócios ocultos,**

***não travarão com o Fisco nenhuma espécie de relação jurídica tributária, mas os tributos pagos pela sociedade em conta de participação a que pertencem, efetivamente, serão considerados quando do seu ajuste anual enquanto pessoas físicas”.***

***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 4 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de ação ordinária ajuizada pela MMS - ADMINISTRADORA, CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO, devidamente qualificada na exordial, em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre os valores percebidos mensalmente em razão do contrato de prestação de serviços de administração em *pool* hoteleiro e repassados para os respectivos contratantes-locadores, sob o fundamento de ser devedora de tais tributos apenas quanto às comissões auferidas a tal título.

Pleiteia, como consequência, a restituição dos valores que entende terem sido recolhidos indevidamente.

Expõe, em síntese, ser uma sociedade por quota de responsabilidade limitada constituída para prestar serviços de administração hoteleira, consultoria contábil, financeira e de recursos humanos. Relata ter firmado contrato particular de administração de imóvel em *pool* hoteleiro com alguns proprietários de unidades

habitacionais do Condomínio VICTORY BUSINESS FLAT, passando a representar, na intermediação de locação temporária dos apartamentos colocados no sistema comunitário, aqueles com quem estabeleceu o aludido pacto, recebendo, em nome destes, os respectivos alugueis, taxas e demais encargos incidentes.

Enfatiza que, no aludido contrato, ficou estabelecida a percepção de comissão consistente em 1,8% sobre o faturamento bruto obtido, sendo este correspondente a todas as importâncias recebidas pelas locações dos apartamentos, mais 5% do resultado líquido, ou seja, o *quantum* conhecido depois de abatidas todas as despesas relacionadas no § 2º, cláusula quarta daquele.

Defende que a remuneração da autora consiste apenas na comissão ajustada, posto que as receitas obtidas com a locação dos imóveis são, depois de deduzida a taxa de intermediação, repassadas aos respectivos titulares, não compondo, desse modo, a base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS devidos em razão da prestação dos serviços contratados.

Conta que o auto de infração nº 2003/111328.007251 – lavrado em abril de 2003 por fiscais da Secretaria de Finanças do Município de João Pessoa, sob o fundamento de que a base de cálculo para a incidência do ISS seria toda a receita bruta mensal obtida pela autora em virtude de sua atividade e não apenas o valor atinente à comissão auferida – foi tornado insubsistente naquela esfera administrativa.

Diz que, antes do resultado do aludido julgamento administrativo, ajuizou com ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com ação de repetição de indébito, tendo seu pleito sido acolhido integralmente pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Relata que, na mesma época, formalizou consulta junto à Delegacia da Receita Federal na Paraíba, tendo este órgão se manifestado pela tributação de todo o faturamento bruto mensal auferido pela autora, haja vista esta ser considerada sociedade em conta de participação, em que figura como sócia ostensiva, sendo os integrantes do *pool* hoteleiro considerados sócios ocultos, de acordo com os arts. 991 a 996 do Novo Código Civil, citando o Ato Declaratório Interpretativo nº 14, 04.05.2004.



Alega que a autoridade fiscal consultada incorreu em erro ao desconsiderar uma situação jurídica formalmente existente e criar outra figura societária imaginária com o desiderato de enquadrar a consulente ora autora em regime fiscal mais oneroso. Sustenta a existência de distinção entre receita e ingresso, com o que o PIS e a COFINS seriam devidos apenas sobre a receita bruta do prestador do serviço. Aduz, caso se considere a autora uma sociedade em conta de participação, a impossibilidade de incidência da COFINS sobre receita auferida de aluguéis provenientes de locação de imóveis próprios.

Argumenta ter direito à restituição dos valores pagos indevidamente, com a incidência da UFIR e da taxa SELIC, desde as datas dos respectivos recolhimentos.

Por força da decisão de fls. 83/84, foi deferida a liminar tão somente para autorizar o depósito do montante integral dos tributos vincendos em questão.

Citada, a União contestou às fls. 92/103, suscitando, em resumo, que a autora não administra só as unidades imobiliárias nominadas *flat*, mas também os recursos das pessoas com quem contrata em sistema de *pool*/hoteleiro. Enfatiza que em tal negócio se faz marcante o caráter especulativo e solidário assumido por ambas as partes, já que compartilham lucros e prejuízos. Afirma que a autora reveste-se da condição de sociedade em conta de participação, razão pela qual todos os seus resultados devem tributados, citando o art. 992 do Novo Código Civil.

Comprovantes de depósito acostados às fls. 105/111.

Às fls. 163/173, o MM. Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido.

Apelação da MMS - ADMINISTRADORA, CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO LTDA., reforçando as teses da inicial (fls. 175/201).

Contrarrazões, às fls. 206/207.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

No caso em exame, a impetrante busca a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre os valores percebidos mensalmente em razão do contrato de prestação de serviços de administração em *pool* hoteleiro e repassados para os respectivos contratantes-locadores, sob o fundamento de ser devedora desses tributos apenas quanto às comissões auferidas, por ocasião da prestação dos aludidos serviços, já que as receitas obtidas com a locação dos imóveis são repassadas aos proprietários-locadores, apenas sofrendo a dedução da taxa de comissão e despesas, não podendo haver tributação de valores que não compõem a base de cálculos dos serviços contratados.

O cerne da questão consiste em saber se a empresa apelante, malgrado esteja constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ao firmar contrato particular de administração de imóvel em *pool* hoteleiro com proprietários do condomínio Victory Business Flat, conforme documentos acostados aos presentes autos, reveste-se da condição de sociedade em conta de participação, em virtude da atividade desempenhada.

De início, cumpre anotar o que preceitua o artigo 991 do Código de Processo Civil:

Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

De fato, conforme o dispositivo acima citado, o sistema denominado de *pool* hoteleiro caracteriza a apelante como uma sociedade em conta de participação.

Isso porque, segundo Ato Declaratório Interpretativo SRF 14/04, no sistema de locação conjunta de unidades imobiliárias denomi-

nado de *pool*/hoteleiro, constitui-se, independente de qualquer formalidade, Sociedade em Conta de Participação com o objetivo de lucro comum, onde a administradora (empresa hoteleira) é a sócia ostensiva e os proprietários das unidades imobiliárias integrantes do *pool* são os sócios ocultos.

São receitas ou resultados da Sociedade em Conta de Participação(SCP) próprios, exemplificativamente, sujeitando-se às normas de tributação específicas do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS: as diárias, semanadas ou alugueis, relativos às unidades integrantes do *pool* hoteleiro, inclusive de áreas de restaurantes, salão de convenções, lojas, etc., também integrantes do sistema de locação conjunta; os preços dos serviços prestados, os impostos e taxas incidentes sobre os imóveis, e os demais encargos locatícios, se cobrados, pela administradora, destacadamente das diárias, semanadas ou alugueis; as indenizações recebidas por extravios e danos causados às unidades; as multas e juros de mora; o resultado das aplicações dos saldos financeiros da sociedade.

É a administradora (empresa hoteleira), na qualidade de sócia ostensiva, a responsável pelo recolhimento do imposto e das contribuições devidas pela SCP, sem prejuízo do recolhimento do imposto e das contribuições incidentes sobre suas próprias receitas ou resultados.

No tocante aos tributos em questão, penso que andou bem o magistrado *a quo*, cuja fundamentação da r. sentença, adoto como minhas razões de decidir:

Fixada a premissa de que a empresa autora, ao firmar contrato de locação imobiliária, constituiu o tipo societário conhecido como sociedade em conta de participação, convém registrar que, conforme giza a legislação do Imposto de Renda, tal sociedade é equiparada à pessoa jurídica, sendo, portanto, sujeita à tributação a título de IRPJ, CLSS, Contribuição para o PIS e COFINS.

Com efeito, no tocante à apuração das respectivas bases de cálculo – cerne da discussão posta nestes autos – devem ser observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, a legislação pertinente a cada um dos tributos supracitados.

Via de consequência, não há que se falar em limitação da tributação, a que está sujeita a sociedade em conta de participação, às comissões (taxas de intermediação) efetivamente auferidas pela empresa autora, sob pena de se inviabilizar a cobrança de tais tributos em relação aos valores repassados aos sócios ocultos e de se estimular a sonegação fiscal em vez de redundar em bitributação, ao contrário do equivocadamente alegado pela parte autora. Relevante esclarecer, através de lição do mestre Fábio Ulhoa Coelho, que, “até 1985, as sociedades em conta de participação permitia aos empresários a exploração em sociedade de determinada atividade com uma situação menos onerosa, sob o ponto de vista do direito tributário, em relação aos demais tipos. Isto porque sua renda não sofria tributação por força da despersonalização que a caracteriza. Em 1986, contudo, por legislação específica, o direito tributário passou a equipará-la aos demais tipos societários, no que diz respeito ao imposto de renda”. Em face do novo tratamento tributário conferido, Rubens Requião comenta que “a simplicidade da sociedade em conta de participação veio a ser praticamente extinta pelo Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, que alterou a legislação tributária, ferindo a fundo essa sociedade. O art. 7º desse diploma legal determinou que se equiparam à pessoa jurídica, para os efeitos da legislação do Imposto de Renda. O parágrafo único ainda determina que, na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas”. Confira-se o teor deste dispositivo legal e de seu parágrafo único, regulamentado pelos arts. 1487 e 1498 do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999:

Art 7º Equiparam-se a pessoas jurídicas, para os efeitos da legislação do imposto de renda, as sociedades em conta de participação.

Parágrafo único. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

No tocante à contribuição social sobre o lucro, aplicam-se “as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas,

inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)” (art. 57 da Lei nº 8.981/1995).

Já quanto às contribuições para o PIS e para a COFINS, incidem os regramentos insertos da Lei nº 9.718/98, que estabelecem o faturamento como base de cálculo. Veja-se, nesse aspecto, o teor do seu art. 2º:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001).

Tais contribuições (para o PIS e para a COFINS) têm como fato gerador o “faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”, como se vê pelo teor das disposições expressas no art. 1º9 da Lei nº 10.637, de 2002 e no art. 1º10 da Lei nº 10.833, de 2003.

Em consonância a tal entendimento, veja-se mais um trecho da ementa referente à Solução de Consulta SRRF/4ª RF//DISIT nº 39, de 28 de maio de 2004 coligida à fl. 45 destes autos.

**(...) As SCP são equiparadas a pessoas jurídicas pela legislação do Imposto de Renda, e, como tais, são contribuintes do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, observando-se, na apuração das respectivas bases de cálculo, bem como na distribuição dos lucros, as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral.**

**Compõem as receitas da administradora do pool hoteleiro, enquanto SCP, sujeitando-se às normas de tributação específicas do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, os valores totais cobrados dos hóspedes ou locatários dos imóveis integrantes do pool (...).**

Dispositivos legais: Decreto nº 3.000, de 1999, arts. 148, 149, 254, 662, 666; Lei nº 8.981, 1995, art. 57; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei nº 10.637, de 2002, art.

1º; Lei nº 10.833, de 2003, art. 1º; ADI SRF nº 14, de 2004. – Destaquei.

Nesta linha de intelecção, vale colacionar o seguinte precedente do STJ aplicável, *a contrario sensu*, ao caso em tela:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA À ÉPOCA DA EXIGÊNCIA DO TRIBUTO. ALEGADA TRANSFERÊNCIA DO RESULTADO DA SÓCIA OSTENSIVA PARA A SÓCIA OCULTA. CORTE DE ORIGEM QUE AFIRMA QUE ESSA PARTICULARIDADE NÃO FOI COMPROVADA PELO FISCO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

- Acorados em doutos ensinamentos doutrinários, resta evidente que os argumentos expendidos pela União Federal não possuem a força de abalar os fundamentos do r. voto condutor, uma vez que até o advento do Decreto-Lei nº 2.303, de 1986, a sociedade em conta de participação não era equiparada, para fins tributários, à pessoa jurídica. Dessa forma, se o tributo em discussão data de 1981, a sociedade em conta de participação não possuía capacidade tributária passiva. (...)

(REsp 193690/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, 2ª Turma, DJ07.10.2002, p. 192) – destaquei.

Superados tais pontos, entendo que não deve prosperar a alegação da autora de que as receitas obtidas com a locação de imóveis não podem sofrer tributação a título de COFINS, conquanto as receitas decorrentes de atividade de comercialização de bens imóveis integram o faturamento da empresa, assim compreendido como resultado econômico da atividade empresarial exercida.

Nesse exato sentido, cito o seguinte precedente da Corte Especial:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMÓVEIS PRÓPRIOS. LOCAÇÃO. INCIDÊNCIA DA COFINS. LC 70/91. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ.

1. A Primeira Seção consagrou o entendimento de que incide a COFINS sobre a locação de imóveis próprios.
2. Agravo regimental improvido.

(AGREsp 501634/PR, Rel. Ministro ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJ 15.08.2005, p. 236).

De outra parte, também deve ser afastada a assertiva da contribuinte ora demandante acerca da possibilidade de bitributação, caso haja pagamento dos tributos em comento pela pessoa jurídica, em face do recolhimento individual feito pelos proprietários dos imóveis locados em relação aos rendimentos auferidos. Isto porque, como bem explicita a Fazenda Nacional, às fls. 99-100, de sua peça contestatória, “os negócios celebrados na qualidade de sócia ostensiva de uma sociedade em conta de participação serão tributados diferentemente e em apartado dos negócios celebrados na condição de sociedade limitada. O mesmo ocorre com os sócios ocultos. Sendo eles pessoas físicas, por exemplo, estarão sujeitos a um regime de tributação enquanto tal e a outro enquanto membros de uma sociedade em conta de participação, bastando somente lembrar que, enquanto sócios ocultos, não trarão com o Fisco nenhuma espécie de relação jurídica tributária, mas os tributos pagos pela sociedade em conta de participação a que pertencem, efetivamente, serão considerados quando do seu ajuste anual enquanto pessoas físicas”.

Dessa feita, resta perfeitamente cabível a incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre o total das receitas auferidas pela empresa autora, enquanto sócia ostensiva de sociedade em conta de participação, em razão da prestação dos serviços de locação imobiliária, na existência de amparo legal para tanto.

Prejuízo, por fim, ao exame do pedido de repetição de indébito, frente à improcedência da pretensão autoral.

Isso posto, julgo IMPROCEDENTE o pedido, condenando a autora a arcar com a verba honorária da parte contrária, fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais), atendidas as prescrições do § 4º do art. 20 do CPC e em face da relativa complexidade da causa.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 423.481-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO)  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: ALAÍDE MONTEIRO DA SILVA NASCIMENTO  
Advs./Procs.: DRS. RODRIGO JOSÉ DA COSTA SILVA E OUTRO (APDA.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA DO ESTADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INSCRIÇÃO NO CADIN POR NÃO RESSARCIMENTO DE VERBAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA.**

**- Servidora municipal à disposição do TRT 6ª Região, ocupante de cargo em comissão, desligada em 27.05.1998, recebendo valores que não lhe eram devidos, sem que tenha ocorrido o devido ressarcimento aos cofres da União.**

**- O Tribunal Regional enviou ofício, datado de 05.10.1999, à apelada narrando os fatos e esclarecendo que deveria devolver a importância de R\$ 1.530,61 reais, alertando que haveria a possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa da União, sendo que o comprovante de recebimento traz a data de 06.10.1999. Ao mesmo tempo o serviço de pagamento de pessoal do TRT elaborou expediente esclarecendo a situação, levando o Regional a enviar um ofício em 05.04.2001, solicitando a inscrição do débito na dívida ativa da União.**

**- A responsabilidade civil do Estado de natureza extracontratual veio disposta na Constituição Federal de 1988, sendo que o Estado é obrigado a indenizar os danos causados por seus agentes a terceiros, independentemente da comprovação de culpa. Para a sua caracterização exige-se a presença de certos elementos: o fato lesivo, a**



***causalidade material entre o evento danoso e o comportamento positivo ou omissivo do agente público (nexo de causalidade) e o dano. Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa excludente ou atenuante – culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso – a responsabilidade será afastada ou mitigada.***

***- Constatando-se a inexistência de relação de causa e efeito entre o evento danoso e o agir da ré com a culpa exclusiva da vítima no presente caso incabível a indenização.***

***- Apelação provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife 4 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente em parte o pedido para condenar a demandante a pagar o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) pela inscrição indevida de seu nome no CADIN.

A União apelou destacando que a requerente buscava a declaração de inexistência de débito inscrito em dívida ativa da União com o cancelamento da inscrição de seu nome no CADIN e o pa-

gamento de indenização por danos morais, a apelada é servidora pública da Prefeitura de Salgueiro e estava à disposição do TRT 6ª Região, que quando de sua devolução ao órgão de origem havia percebido uma quantia de R\$ 1.530,61 referente à antecipação de vencimentos, quatro anos depois houve um acerto de contas, com a quitação do débito, que mesmo assim seu nome foi incluído no CADIN. Afirma a União que a dívida foi paga apenas de modo parcelado, que na verdade houve a liberação de valores referentes à URV com a compensação por parte do TRT sem que tivesse sido suficiente para a quitação do débito, que somente após a inscrição no CADIN, houve o pagamento da dívida, os supostos danos morais decorreram da culpa exclusiva da vítima, pede a reforma da sentença.

A parte falou em fls 167/172.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Relator Convocado):

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente em parte o pedido para condenar a demandante a pagar o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) pela inscrição indevida de seu nome no CADIN.

No caso em concreto, conforme se pode extrair dos autos, a apelada é servidora da Prefeitura Municipal de Salgueiro e esteve à disposição do TRT 6ª Região, tendo sido desligada em 27.05.1998, recebendo valores que não lhe eram devidos.

O Tribunal Regional enviou ofício, datado de 05.10.1999, à apelada narrando os fatos e esclarecendo que deveria devolver a importância de R\$ 1.530,61 reais, alertando que haveria a possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa da União, sendo que o comprovante de recebimento traz a data de 06.10.1999. Ao mesmo tempo o serviço de pagamento de pessoal do TRT elaborou expediente esclarecendo a situação, levando o Regional a enviar um ofício em 05.04.2001, solicitando a inscrição do débito na dívida ativa da União.

Em dezembro de 2002, o TRT informou que o débito teria sido quitado em decorrência de compensação advinda do recebimento por parte da apelada de valores referentes à URV. A inscrição em dívida ativa deu-se em abril de 2002 e o pagamento do débito somente ocorreu em dezembro de 2002.

Ocorre que o saldo devedor continuou já que o valor inscrito em dívida ativa sofreu a incidência dos acréscimos legais, somente tendo ocorrido o pagamento de parte do valor devido. Ou seja, não restam dúvidas de que autora tinha ciência de que o não pagamento no momento certo ocasionaria a inscrição do seu nome em dívida ativa e como consequência a incidência de acréscimos decorrentes da lei.

Outros servidores que também estavam na mesma situação da apelada, atenderam ao chamado do TRT e promoveram o pagamento das quantias devidas.

Deve-se ressaltar que a responsabilidade civil do Estado de natureza extracontratual veio disposta na Constituição Federal de 1988, sendo que o Estado é obrigado a indenizar os danos causados por seus agentes a terceiros, independentemente da comprovação de culpa. Para a sua caracterização exige-se a presença de certos elementos, o fato lesivo, a causalidade material entre o evento danoso e o comportamento positivo ou omissivo do agente público (nexo de causalidade) e o dano.

Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa excludente ou atenuante – culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso – a responsabilidade será afastada ou mitigada.

No caso presente, pela análise dos fatos aqui mencionados, não houve a culpa da Administração mas exclusivamente da apelada.

Menciona a respeito os seguintes arestos:

REPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CEF. SUBTRAÇÃO DE DINHEIRO DE CLIENTE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO.

1. Inocorre cerceamento de defesa, sob a alegação da necessidade de produção de provas, se as constantes nos

autos são suficientes para o deslinde da controvérsia.

2. Caso em que a demandante pleiteia restituição, a título de indenização por dano material, de valor que lhe fora supostamente subtraído no interior de agência da CEF, por terceiro que teria se passado por funcionário desta última, no montante de R\$ 1.200,00, bem como o pagamento de indenização, a título de danos morais, a serem arbitrados por este Juízo.

3. Constatando-se a inexistência de relação de causa e efeito entre o evento danoso e o agir da ré, posto que a entrega do montante em questão fora decorrente de ato voluntário da autora (ao acreditar na informação de que teria recebido do caixa notas falsas), não se há falar em responsabilidade civil da CEF, a ensejar indenização por dano moral ou material, considerando a configuração de culpa exclusiva da requerente.

4. Apelação improvida.

(AC 466878, DJU 09.12.2009, Rel Des Fed Paulo Roberto de Oliveira Lima)

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRELIMINARES DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. AFOGAMENTO EM AÇUCE ADMINISTRADO PELO DNOCS. DANO MORAL. NÃO CABIMENTO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.

1. É Incabível a alegação de julgamento *extra petita* por ter a sentença adotado fundamento diverso daquele exposto pela ré na contestação. O nosso ordenamento jurídico consagrou o princípio da persuasão racional, de forma que o julgador é livre para formar o seu convencimento com liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios constantes nos autos.

2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando a prova documental coligida é hígida a tal ponto que não pode ser refutada por depoimento testemunhal, permitindo, pois, o conhecimento direto do pedido.

3. Demonstrado nos autos que o falecido filho da demandante, mesmo tendo ciência dos riscos iminentes advindos do elevado nível das águas do açude, em face das chuvas ocorridas na região, resolveu nele se banhar, a despeito de ter consumido bebida alcoólica momentos antes,

é de ser afastada a responsabilidade do Estado para a ocorrência do evento, em face do reconhecimento da culpa exclusiva da vítima.

4. Apelação improvida.

(Apelação Cível - 449324, DJU10.06.2009, Rel. Des. Fed. Leonardo Resende Martins)

Desse modo, dou provimento à apelação, fixando os honorários advocatícios em R\$ 500,00 reais.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 426.771-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

Apelantes: MARIA JACILDA GODOI URQUISA, GALBA D'ALMEIDA LINS, FÁBIO EMANUEL FREIRE DE MORAES E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelados: MARIA JACILDA GODOI URQUISA, GALBA D'ALMEIDA LINS, FÁBIO EMANUEL FREIRE DE MORAES, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, TEÓGENES TEMISTOCLES DE FIGUEIREDO LEITÃO, LUIZ GUILHERME GOMES PINTO E JOSÉ GETÚLIO DIAS DE QUEIROZ

Advs./Procs.: DRS. LEUCIO DE LEMOS FILHO E OUTROS (1º APTÉ.), ADA NEY AGRA COUTELO E OUTROS (2º E 3º APTES.), GUSTAVO VIEIRA DE MELO MONTEIRO E OUTROS (5º APDO.), JERUSA ALEM VIEIRA DE MELO (6º APDO.) E ADA NEY AGRA COUTELO (7º APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. LEI Nº 8.429/92. APLICABILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. JUNTADA DE DOCUMENTOS PELA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZO**

**DE CINCO ANOS CONTADOS DO TÉRMINO DO MANDATO DO AGENTE PÚBLICO. OBRA DE CONTENÇÃO DA ORLA MARÍTIMA DE OLINDA. CONVÊNIO COM A UNIÃO FEDERAL. DISPENSA MOTIVADA DE LICITAÇÃO. CARÁTER EMERGENCIAL. FRACIONAMENTO DA OBRA NECESSÁRIA PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE ENGENHARIA. TRANSFERÊNCIA DE VALORES DA CONTA DO CONVÊNIO PARA A CONTA DA PREFEITURA. PAGAMENTO DO FUNCIONALISMO MUNICIPAL. EXECUÇÃO DA OBRA COM RECURSOS DA PREFEITURA EM SUBSTITUIÇÃO ÀS VERBAS DO CONVÊNIO. OBRA EXECUTADA. AUSÊNCIA DO DOLOU OU PREJUÍZO PARA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES.**

**- Ausência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. O Magistrado é livre para formar a sua convicção (princípio do livre convencimento motivado) podendo, se julgar desnecessária, indeferir ou dispensar a perícia requerida, nos termos do art. 420 do Código de Processo Civil.**

**- Sentença que se baseou nos treze apensos acostados aos autos, que continham as provas necessárias para o julgamento da lide, devendo ser ressaltado que os réus tiveram várias oportunidades de trazer novas provas e juntar novos documentos até o julgamento.**

**- Em face da temporariedade do exercício de suas funções, a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu, para os agentes políticos e seus assessores, o prazo de 05 (cinco) anos, contado do término do exercício do mandato, cargo ou de função de confiança para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.**

**- José Getúlio Dias de Queiroz, ex-secretário Adjunto do Planejamento Urbano e Meio Ambien-**

**te do Município de Olinda, Teógenes Temístocles de Figueiredo Leitão, ex-Secretário de Planejamento, Obras e Meio Ambiente e Luiz Guilherme Gomes Pinto, ex-Diretor de Obras da Secretaria de Planejamento Urbano e Meio Ambiente, foram exonerados a pedido, respectivamente, no dia 13.05.1999, no dia 30.12.1998 e no 31.03.2000. Tendo a presente ação de improbidade ajuizada no dia 16.12.2005, com relação a eles, ficou configurada a ocorrência da prescrição.**

**- A citação válida interrompe a prescrição, retroagindo à data da propositura da ação, ainda que a citação não se efetive de imediato, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC. É assente, também, na jurisprudência pátria, o entendimento de que a demora na citação imputada exclusivamente ao serviço forense não induz a prescrição, tal como refere a Súmula nº 106 do Superior Tribunal de Justiça: proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.**

**- O Chefe do Poder Executivo, na qualidade de administrador público, oficia como ordenador das despesas, assina empenhos, autoriza gastos e outras despesas e atividades, mesmo havendo o escalonamento das funções dos Órgãos e das atribuições dos agentes.**

**- Responsabilidade solidária da ex-prefeita com os ex-secretários, que concorreram de alguma forma para a prática de ato atentatório à probidade administrativa, todos eles equiparados a agentes públicos por força do art. 2º da Lei nº 8.429/92: “reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, man-**

**dato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.**

**- Atos apontados como de improbidade administrativa: dispensa de licitação, fracionamento das obras emergenciais de recuperação da orla marítima, desvio das verbas federais do convênio para a folha de pagamento de pessoal do Município e prestação de contas com base em notas de empenho e de medição inidôneas.**

**- É incontroverso o fato de que houve a dispensa da licitação, com a justificativa do caráter emergencial das obras de contenção da orla marítima de Olinda/PE, decretado em 06.07.1998 e homologado pelo Governador em 17.07.1998, possibilitando a contratação imediata da empresa responsável pela recuperação da orla sem o procedimento licitatório, de acordo com o art. 24 da Lei nº 8.666/93.**

**- Fracionamento da obra dirigida à melhor prestação do serviço, não havendo intenção de adotar modalidade de licitação diversa da recomendada pela legislação. Prefeitura que adotou, à época dos fatos, o procedimento licitatório na modalidade ‘concorrência’, que seria a apropriada para o caso, posteriormente dispensada, para a contratação direta da Construtora Ancar Ltda em face da situação emergencial para a recuperação da orla, fato reconhecido pelo Governo do Estado, e pelo Ministério do Meio Ambiente.**

**- Transferência de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) das verbas do Convênio 460/97, firmado entre o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e o Município de Olinda, no valor R\$ 3.750.000,00 (três milhões e setecentos e cinquenta mil reais), para as obras emergenciais de recuperação da orla marítima em Olinda/PE, para a conta única da Prefeitura.**

**- A transferência de verbas do convênio para o pagamento da folha municipal não causou pre-**



**juízo ao patrimônio público, constituindo irregularidade e não malversação do dinheiro público, em face da necessidade imperiosa do Município de remunerar as pessoas que trabalhavam no serviço público e que viviam dos respectivos salários e vencimentos, e não podem passar sem tais recursos, para sobreviver.**

**- O Tribunal de Contas de Pernambuco e o Tribunal de Contas da União atestaram a realização da obra de contenção da orla marítima de Olinda e o pagamento integral da empresa responsável pela obra.**

**- Notas de empenho e de medição sem o rigor técnico referente à equivalência convênio/notas, em face da transferência do dinheiro para a conta da Comuna para o pagamento dos salários. Fundamento das notas de acordo com a disponibilidade de dinheiro existente na conta da Prefeitura de Olinda, que passou a pagar à construtora com verbas próprias a fim de dar continuidade à obra emergencial e remunerar os serviços efetivamente realizados.**

**- Prestação de contas fundamentadas nas notas de empenho e medição de acordo com as verbas da Prefeitura, e não do convênio. Irregularidade. Veracidade da prestação de contas da ex-Prefeita afirmando que a realização obra, paga, em parte, com os valores da própria Prefeitura, não havendo nos autos prova de que houve outros desvios de verbas ou apropriação por parte da gestora.**

**- A pena referente aos atos de improbidade deve ser dirigida àqueles que agem com o dolo de lesar o patrimônio público. No caso, parte dos valores do convênio foram, ao invés de dirigidos para a paga da obra pública, destinados ao pagamento dos funcionários municipais de Olinda, garantindo o funcionamento do serviço público local em benefício da população. Em se-**

*guida, e de acordo com a disponibilidade de recursos da Prefeitura, foi dada continuidade à obra, que enfim, foi concluída com recursos da municipalidade em substituição aos recursos do convênio.*

*- Ausência de elementos probatórios que denotem a ocorrência de prejuízo para o patrimônio público, ou de locupletamento, em favor dos ora apelantes, de qualquer valor das verbas federais relativas ao convênio. Inexistência de ato ímprobo, e sim, de irregularidades praticadas na administração dos recursos oriundos do convênio. Absolvição dos apelantes.*

*- Apelação do Ministério Público Federal improvida. Apelações dos réus providas.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal e dar provimento à apelação dos réus, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

O Ministério Público Federal aforou ação civil pública em face de Maria **Jacilda** Godoy **Urquisa**, ex-prefeita de Olinda/PE, **Teógenes Temístocles** de Figueiredo Leitão, ex-Secretário de Planejamento, Obras e Meio Ambiente, **Luiz Guilherme** Gomes Pinto,

ex-Diretor de Obras da Secretaria de Planejamento Urbano e Meio Ambiente, José Getúlio **Dias de Queiroz**, ex-secretário adjunto de Planejamento Urbano e Meio Ambiente, **Galba D’Almeida** Lins, ex-Secretário da Fazenda e da Administração e **Fábio Emanuel Freire de Moraes**, ex-diretor da Secretaria da Fazenda e da Administração, todos da Administração direta do Município já identificado, com fito de vê-los condená-los às penas do art. 10, VIII, IX, X, e XI, e do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

**Segundo o MPF:** em 31.12.1997 o Município de Olinda firmou o Convênio nº 460/97 com a União, através do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal - NMA, visando à adoção de ações emergenciais para recuperação da orla marítima do Município, em quatro trechos (Fortim, Espigões, Casa Caiada e Rio Doce), sendo repassados para as obras o valor de R\$ 3.450.000,00 (três milhões, quatrocentos e cinquenta mil reais).

A então prefeita, em Janeiro/98, editou um decreto municipal declarando estado de emergência, que, no entanto, não veio a ser homologado pelo Governador do Estado de Pernambuco.

Em seguida, a dita Autoridade iniciou um procedimento licitatório para iniciar as obras de recuperação da orla. Em seguida, um novo decreto foi editado, ato que, desta vez, veio a ser homologado pelo Governador do Estado, sendo dispensada a licitação para a execução das obras, de acordo com a orientação de **Teógenes Temístocles** de Figueiredo Leitão.

Nada obstante o caráter emergencial, as obras foram fracionadas, havendo um largo lapso temporal entre os períodos de fracionamento, o que teria causado prejuízo ao Erário em face do atraso das obras e da contratação da proposta mais onerosa, feita pela **Construtora Ancar** Ltda.

Juntamente com **Galba D’Almeida** Lins e **Fábio Emanuel** Freire de Moraes, a Prefeita transferiu R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) da conta do convênio para a conta única da Prefeitura de Olinda, a fim de solver a folha de pagamento do Município.

Por fim, e na tentativa de ocultar os repasses indevidos dos recursos para finalidade diversa da do convênio, a Prefeita, juntamente com **José Getúlio** Dias de Queiroz e **Fábio Emanuel** Frei-

re de Moraes, teriam incluído informações inverídicas na prestação de contas do convênio, através de ‘Boletins de Medição’ não pagos, e notas de empenho inidôneas.

**José Getúlio** foi excluído no ato de recebimento da denúncia, porque fora exonerado a pedido no dia 13.05.1999; como a presente ação de improbidade foi ajuizada no dia 16.12.2005, ficou configurada a prescrição – fls. 200/210.

A sentença julgou procedente, em parte, o pedido, excluindo da lide, em preliminar, a **Teógenes Temístocles** e a **Luiz Guilherme**, em face da prescrição, afirmando que o prazo de 05 (cinco) anos para o ajuizamento da ação de improbidade, nos termos da Lei nº 8.429/92, deveria ser contado em relação a cada um dos denunciados; tendo ambos sido exonerados a pedido em 30.12.1998 e 31.03.2000, respectivamente; e tendo a ação sido ajuizada em 16.12.2005, consumou-se o prazo prescricional, ressalvando, todavia, a possibilidade de ajuizamento de um outro feito, em face de eventual prejuízo ao Erário – fl. 418.

No mérito, e com relação aos outros denunciados, a sentença afirmou que seria a partir da Concorrência Pública nº 004/98, quando foi aberto o processo licitatório para a execução das obras emergenciais na orla, que tiveram início as irregularidades, indicando-as como a) ausência de justificativa para o fracionamento das obras em dois conjuntos independentes, sendo o Primeiro Conjunto (Espigões, Casa Caiada e Rio Doce) e o Segundo Conjunto (Fortim e Casa Caiada); b) falta de apresentação, pela Prefeitura, de cronograma ou previsão de realização das obras referentes ao Segundo Conjunto; c) escolha direta da **Construtora Ancar Ltda.**, nos termos do art. 24 da Lei nº 8.666/93, sem que restasse configurada a situação de emergência e/ou inoportunidade de tempo hábil para a licitação; d) desvio de verbas do Convênio para o pagamento de despesas referentes à folha de pagamento dos funcionários da Prefeitura e; e) simulação de prestação de contas, porque lastreada em emissão de boletins de medição e notas de empenho inidôneas.

A sentença considerou Maria **Jacilda Godoi Urquiza**, **Galba D’Almeida Lins** e **Fábio Emanuel** Freire de Moraes, como incurso nas penas do art. 10, VIII, IX, X e XI, da Lei nº 8.429/92, aplican-

do-lhes a reprimenda de ressarcimento do dano ao Erário, a ser apurado pelo Tribunal de Contas da União quando do julgamento da prestação de contas do Município ou, caso inexistente, o valor a ser apurado em liquidação, correspondente ao valor do Convênio não aplicado em seu objeto, e multa civil, correspondente ao dobro do valor do Erário, a perda da função pública, se exerce alguma, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 05 (cinco) anos, excluindo a pena de suspensão dos direitos políticos.

A sentença condenou, ainda, **Galba D'Almeida Lins** e **Fábio Emanuel** Freire de Moraes, nos termos do art. 10, IX, e XI da Lei nº 8.429/92, aplicando-lhes a pena de ressarcimento do dano ao Erário, de forma solidária, bem como a multa civil, a perda da função pública, se exercesse(m) alguma, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 05 (cinco) anos, excluindo a pena de suspensão dos direitos políticos.

O Ministério Público Federal apelou, sustentando a inocorrência de prescrição quanto a **Teógenes, José Getúlio** e **Luiz Guilherme** afirmando que o prazo prescricional deve ser contado não a partir do desligamento deles dos cargos que ocupavam, mas sim, a partir do término do mandato do principal responsável pela Administração, no caso, a prefeita, porque as condutas ímprobas por eles realizadas estariam correlacionadas aos atos praticados pelo(a) Administrador(a) principal.

Afirmou não ter ocorrido a prescrição, no tocante à ex-prefeita, uma vez que ela deixou o cargo em 31.12.2005, e, sendo a presente ação ajuizada em 31.12.2005, não se configuraria o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa - **LIA**.

Requeru, ainda, a condenação dos apelados pela prática de 'simulação da prestação de contas', afirmando que a sentença equivocou-se ao considerar o referido ato como parte dos outros atos ímprobos praticados, merecendo ser individualmente penalizado, nos termos do art. 11 da já mencionada LIA.

Por fim, pediu a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos, nos termos do art. 12, II, da LIA, porque os atos praticados pelos réus causaram grandes danos à Administração Pública.

Maria **Jacilda** Godoi **Urquiza** apelou sustentando, em preliminar, a nulidade da sentença, em face da não-análise dos argumentos postos na contestação; a ocorrência da prescrição, porque seu mandato teria expirado no dia 31.12.2000, e a ação, apesar de protocolizada em 16.12.2005, só foi recebida em 2006, restando superado o prazo para o ajuizamento da ação, uma vez que só com a citação válida a prescrição é interrompida, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil - **CPC** – fl. 468.

No mérito, sustentou a ausência de autoria da improbidade, uma vez que delegou a responsabilidade, dentro dos princípios que regem a Administração Pública, da gestão financeira aos Secretários Municipais, não lhe podendo ser imputada a prática de atos realizados dentro dos limites da delegação, porque deles não participou, afirmando que os Secretário eram ordenadores das despesas nas respectivas pastas.

Afirmou a inexistência de irregularidades no tocante ao fracionamento das obras e à dispensa da licitação, com a contratação da **Construtora Ancar** Ltda.; e esclareceu que o fracionamento foi realizado para dar maior efetividade ao serviço, porque, quando foi celebrado o convênio, o projeto de recuperação da orla ainda não estava completo e aprovado, de forma que foi iniciada apenas a parte aprovada, a fim de não serem paralisadas as obras emergenciais.

Alegou que havia sido instaurado o procedimento de licitação, sendo adotada a modalidade ‘concorrência’. No entanto, após a decretação do caráter emergencial das obras, duas vezes homologados pelo Governador do Estado, foi diretamente contratada a empresa Construtora Ancar Ltda., com preços compatíveis com os encontrados no mercado, ressaltando que no caso da referida empresa foram até mais baratos, porque ela tinha maquinaria e pessoal, presentes no local das obras.

Quanto ao alegado desvio de verbas do convênio, em face da irregular transferência e posterior utilização de verbas para a folha de pagamento do pessoal, afirmou, inicialmente, que não fora ela

que realizou o ato de transferência, e em seguida, que a verba foi empregada para fins diversos do convênio porém em prol do Município, a fim de garantir a continuidade dos serviços municipais, não havendo enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, especialmente quando inexistente má-fé ou emprego irracional e tumultuado das verbas de forma a prejudicar o andamento da Administração.

No que tange à simulação na prestação de contas, afirmou que os boletins de medição da orla e outros registros têm caráter técnico, e não caberia à ora apelante questioná-los: apresentando-se eles devidamente preenchidos e formalmente perfeitos, cabia a ela assiná-los, para que fosse dado o andamento à obra.

Por fim, sustentou a inaplicabilidade das penas de improbidade, porque não haveria conduta dolosa, salientando que não cometeu qualquer conduta de má-fé, e sim no intuito de gerir da melhor forma a Prefeitura; se muito, teriam ocorrido meras irregularidades: o ato de improbidade não é aquele irregular, mas sim, o que está eivado de desonestidade, o que não seria o seu caso, não havendo conduta ímproba. Requereu, a final, a respectiva absolvição – fls. 460/481.

Galba D’Almeida Lins e **Fábio Emmanuel** Freire de Moraes, sustentaram, em preliminar, a ilegitimidade de parte; o primeiro apelante porque não poderia ser responsabilizado pela transferência indevida dos valores do Convênio para a conta única da Prefeitura, uma vez que, à época (1º.10.1998) não era ainda o responsável pela Secretaria da Fazenda, **visto que foi nomeado apenas em maio de 1999** e o segundo apelante afirmando que era Diretor da Secretaria da Fazenda de Olinda, não estando em suas atribuições autorizar despesas, efetuar medições, assinar cheques, funções típicas do Secretário da Fazenda ou da Administração.

Com relação ao mérito, sustentaram que suas condutas não causaram qualquer prejuízo ao Erário nem atentaram contra os princípios que regem a Administração Pública, pois não agiram com malícia, imoralidade, má-fé, desonestidade, nem ocorreu o enriquecimento ilícito, além de não ter sido provado qualquer ato danoso à Administração, de modo que suas condutas não poderiam incidir nas penas dos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.429/92.

Contra-razões de **Teógenes** às fls. 542/545; as de **Galba** e de **Fábio**, às fls. 547/551; as de **Jacilda Urquisa** às fls. 554/558.

No parecer, a douta Procuradoria da República opinou pela rejeição das preliminares, porque a contagem do prazo prescricional deve ser iniciada a partir do término do mandado do principal agente político coautor dos atos de improbidade e não a partir do ato de desligamento de cada um de seus auxiliares. No tocante à demora na citação, afirmou que, nos termos do Regimento Interno do STJ – art. 106 – proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

No mérito, contrariamente ao alegado pela Prefeita, a delegação de atos aos Secretários Municipais acarretam a inclusão deles na lide, e não a exclusão daquele que delegou.

Por outro lado, o fracionamento das obras públicas, sem que haja justificativa técnica ou legal, configura por si só ato de improbidade administrativa e que o desvio de verbas do convênio para o pagamento da folha dos servidores também caracteriza o ato ímprobo, requerendo a aplicação da penalidade aos apelantes.

Com relação à simulação na prestação de contas, afirmou que embora não se possa atribuir à ex-prefeita a contrafação das notas de empenho e dos outros documentos, sua assinatura em tais expedientes conduz à conclusão de sua responsabilidade direta na simulação de prestação de contas, da qual foi beneficiária.

É, no que importa, o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com a devida vênia aos entendimentos divergentes, entendo que a sentença deve ser reformada.

Em preliminar, **Jacilda Urquisa** sustentou a nulidade da ação de improbidade devido ao julgamento antecipado da lide (no Primeiro Grau de Jurisdição) alegando que seriam necessárias perícias e outros procedimentos técnicos para a verificação do dano ao Erário e da má aplicação ou desvio dos recursos.



Dispõe o art. 330 do CPC:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

O julgamento antecipado da lide deve ocorrer quando a questão for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato ser desnecessária a produção de prova em audiência.

No caso, não há a necessidade de produção de prova em audiência. O juiz, ao sentenciar, considerou que os treze apensos acostados aos autos continham as provas necessárias para o julgamento da lide, ressaltando que, além disso, os réus tiveram várias oportunidades de trazer novas provas e juntar novos documentos até o julgamento.

O julgador é livre para formar o seu próprio convencimento (princípio do livre convencimento motivado), podendo, se julgar desnecessária, indeferir a perícia requerida, nos termos do art. 420 do CPC.

Não se configura, portanto, o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

Com relação à prescrição, não procede o argumento do Ministério Público Federal de que a contagem do prazo prescricional teria início apenas quando findo o mandato da ex-prefeita, uma vez que os corréus, como seus assessores diretos, estariam ligados ao mandato dela.

Dispõe o art. 23 da Lei nº 8.429/92:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

O inciso I aborda a situação dos chamados agentes temporá-

rios, ou seja, aqueles que ocupam o cargo com prazo definido de início e término, como os agentes políticos e seus assessores nomeados em cargos de confiança, que são, em geral, os ocupantes de cargos comissionados, os dirigentes de empresas estatais, os requisitados e os contratados temporariamente. Como exemplos destes citam-se os Secretários, os Assessores, os Diretores de Secretarias e outros agentes ligados diretamente aos agentes políticos para auxiliá-los na administração.

Em face da temporariedade do exercício de suas funções, a LIA estabeleceu, para os agentes políticos e seus assessores, de forma clara, o prazo de 05 (cinco) anos, contado do término do exercício do mandato, cargo ou de função de confiança para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Como bem salienta Arnaldo Rizzardo<sup>1</sup>,

a temporariedade é a característica que marca esses cargos, sendo que, em grande parte, os ocupantes são eleitos para exercê-los. Uma vez encontrando-se no exercício das atividades, escolhem assessores, secretários, assistentes e outros tipos de auxiliares, que são comissionados. Nos casos de eleição, normalmente os mandatos são quadrienais. A maioria dos cargos de confiança ou comissionados tem a mesma duração, dando-se o seu provimento e a substituição com a mudança de governo – pág. 66.

Para os que desempenham cargos temporários, o prazo prescricional fluirá da data do afastamento de cada um deles. Nesta ordem, afastando-se um dirigente de empresa estatal logo após o ato ímprobo, que aconteceu no primeiro ano de sua indicação, terá fluência imediata o prazo prescricional. Já os demais cúmplices, que permanecerem no cargo, terão o início do prazo quando se escoar o prazo de sua permanência nos cargos. Não se impede, porém, que seja promovida a ação pública.

Desta forma, se pretendida alguma sanção contemplada na Lei nº 8.492 com a ação civil, seja qual for, exceto se meramente indenizatória ou de reposição de valores des-

---

<sup>1</sup> In Revista IOB de Direito Administrativo, A Prescrição na Ação de Improbidade Administrativa, IOB, ano IV, nº 48, dezembro/2009, págs. 65/70.

viados, tem incidência a prescrição, que inicia a partir do término do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, quando nomeada a pessoa para uma função ou atividade temporária; ou do momento da sua ocorrência, se efetivo o exercício do cargo ou do emprego.

No caso, **José Getúlio Dias de Queiroz**, ex-secretário Adjunto do Planejamento Urbano e Meio Ambiente do Município de Olinda, **foi exonerado a pedido no dia 13.05.1999** (fl. 96) e a presente ação de improbidade ajuizada no dia 16.12.2005, tendo-se configurado, no caso, a prescrição – fls. 200/210.

O mesmo ocorreu em relação a **Teógenes Temístocles de Figueiredo Leitão**, ex-Secretário de Planejamento, Obras e Meio Ambiente, **exonerado a pedido em 30.12.1998** (fl. 232) e a **Luiz Guilherme Gomes Pinto**, ex-Diretor de Obras da Secretaria de Planejamento Urbano e Meio Ambiente, **exonerado – também a pedido – em 31.03.2000** (fl. 282). Ajuizada a ação em 16.12.2005, consumou-se o prazo prescricional.

Ressalvo, contudo, e no tocante a **José Getúlio Dias de Queiroz Teógenes Temístocles** de Figueiredo Leitão e **Luiz Guilherme Gomes Pinto** que a ação ressarcitória de dano ao Erário, caso este (o dano) venha a ser comprovado e apurado, **é imprescritível**, podendo ser ajuizada – se o caso for – a qualquer tempo.

Ainda no tocante à prescrição, já agora em face do alegado por **Jacilda Urquiza, Galba D’Almeida Lins e Fábio Emmanuel Freire de Moraes** – prescrição da ação devido à ausência de citação e notificação dentro do prazo de cinco anos necessários à propositura da ação – razão não assiste ao(s) apelante(s).

A propositura da ação interrompe a prescrição, de acordo com a Súmula nº 106 do STJ, caso realizadas todas as providências necessárias para a citação e notificação dos réus.

O art. 219 do CPC assim dispõe:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º. **A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.**

Neste caso, com a citação válida, interrompeu-se a prescrição, retroagindo a mesma para a data da propositura da ação, ainda que esta não se efetive de imediato, pois não pode a parte ser penalizada pelos trâmites burocráticos necessários à efetivação da citação.

Na ação de improbidade administrativa não é diferente. A interrupção da prescrição se opera com a citação válida, retroagindo o prazo da interrupção, desde que providenciado o encaminhamento da ação no devido tempo.

E mesmo antes da aludida regra processual, já era assente na jurisprudência pátria o entendimento de que a demora na citação imputada exclusivamente ao serviço forense, não importaria na prescrição, a teor da Súmula nº 106 do Superior Tribunal de Justiça, de teor: *proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.*

O mesmo ocorre com a notificação, ressaltando-se que a notificação para a defesa prévia é um ato do Juízo e não do autor da ação, nos termos do § 7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, sendo inerente e necessário ao processo. A partir do momento em que é recebida a ação penal, está implícito o pedido da parte autora de providências para a consecução de um direito, entre eles se configurando uma notificação.

Na apelação, a ex-prefeita afirma que caberia aos Secretários das Finanças, e do Planejamento, a liberação, o controle e a aplicação das verbas do convênio; portanto, os ditos Secretários deveriam ser responsabilizados unicamente pelos recursos referentes à(s) sua(s) respectiva(s) Pasta(s).

O Chefe do Poder Executivo, na condição de administrador público, atua não apenas exercendo as funções políticas; oficia, também, como ordenador das despesas, assina empenhos, autoriza gastos e outras despesas e atividades, mesmo havendo o escalonamento das funções dos Órgãos e das atribuições dos demais agentes.

É do prefeito a determinação final no sentido de empenhar ou não a despesa para efetuar o pagamento e, ainda, fiscalizar os

intermediários que, em seu nome, realizam atos que, a ele, possam vir a ser imputados.

Além disso, é correta, por seu turno, a responsabilização dos que, mesmo figurando no cenário público como contratados, concorreram de alguma forma para a prática de ato atentatório à probidade administrativa, todos eles equiparados a agentes públicos por força do art. 2º da Lei nº 8.429/92: *“reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”*.

É esta a orientação consignada em reiterados julgados do **Superior**, dentre os quais colho como exemplo esta ementa:

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “AGENTES PÚBLICOS”. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

**1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, inculcado no art. 2º da Lei nº 8.429/92: “a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)”**.

2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

4. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improbo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07 do STJ.

5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local. (Grifo nosso) (STJ - REsp nº 416329/RS, Primeira Turma, Decisão de 13/08/2002, DJ de 23/09/2002, p. 254, Relator LUIZ FUX).

Como bem consignado pela douta Procuradoria da República no lúcido parecer de fl., a participação de outras pessoas no ato de improbidade, “... ao invés de se excluir a responsabilidade do ex-chefe do Município, tais atos de delegação, quando menos, justificam a inclusão do (s), secretário (s) delegado (s) no polo passivo da ação de improbidade, permanecendo inalterada a responsabilização do ex-prefeito envolvido nos atos de improbidade, mormente em razão do fato de que, no que pertine ao Convênio nº 460/97, a apelante Jacilda Urquiza atuava como representate direta do Município de Olinda” – fls. 582.

Superados os debates ao derredor da possibilidade de responsabilização dos recorrentes – os secretários e a ex-prefeita do Município de Olinda – cumpre passar ao exame dos argumentos da defesa em relação aos fatos a eles imputados.

Com relação à Improbidade Administrativa, dispõe o art. 10 da Lei nº 8.492/90:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das

normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

No tocante à improbidade administrativa, Waldo Fazzio Júnior<sup>2</sup> afirma que ela “... *significa o exercício da função, cargo, mandato ou emprego público sem a observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé*”.

A improbidade é, portanto, a desonestidade em sentido lato, implicando em ofensa a princípios éticos e morais, que regem a Administração, especialmente no tocante ao **patrimônio** e ao público **interesse**.

No caso, penso que não se faz presente a elementar ‘dolo’ ou a elementar ‘desonestidade’ necessário(a)(s) à configuração do ato de improbidade.

O Convênio nº 460/97 foi firmado, em 31 de dezembro de 1997, entre a União, através do Ministério do meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal com o repasse de R\$ 3.750.000,00 (três milhões e setecentos e cinquenta mil reais), para as obras emergenciais de recuperação da orla marítima em Olinda/PE – fls. 118/128.

A então prefeita, antes mesmo de receber os valores do convênio, editou o Decreto nº 13/1998, datado de 05 de janeiro de 1998, a fim de declarar o ‘estado de emergência’ municipal, o que possibilitaria a contratação imediata da empresa responsável pela recuperação da orla sem o procedimento licitatório. Todavia, tal decreto não foi homologado pelo Governador, de forma que não gerou quaisquer efeitos – fl. 34, do Apenso, volume nº 11.

No dia 27/02/1998, os valores do convênio foram transferidos para a conta da Prefeitura de Olinda – fl. 2105, Apenso, volume 05.

Em face da ausência da declaração do estado de emergência, sobejou à prefeita iniciar a licitação, com a Concorrência Pública nº 04, de 06 de maio de 1998 – fl. 281 do Apenso, volume 06.

---

<sup>2</sup> In Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito, Atlas, 2ª edição, págs. 50/51.

Uma vez mais, em face do caráter de urgência das obras, a Prefeitura de Olinda declarou 'estado de emergência', no dia 06 de julho de 1998 – fl. 178.

No dia 17 de julho de 1998 o então Governador do Estado Miguel Arraes de Alencar homologou a decretação do Estado de Emergência – fl. 179.

Também o Ministério de Planejamento reconheceu o estado de emergência para as obras na orla de Olinda – fls. 181/182.

Uma vez reconhecido o Estado de Emergência pôde a então Prefeita, sob amparo do disposto no art. 24 da Lei nº 8.666/93, dispensar a licitação, e escolher a empresa para iniciar as obras de recuperação da orla marítima de Olinda.

Só para lembrar, dispõe o art. 24 da Lei nº 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

A Comissão de licitação do Município em reunião realizada em 14.08.1998, decidiu, com base no acima transcrito artigo, pela dispensa da licitação já iniciada, pela contratação da empresa Construtora ANCAR Ltda., de acordo com o parecer do Diretor de Obras da Secretaria de Planejamento, Transporte e Meio Ambiente da Prefeitura de **Olinda - SEPLAMA** e por ser considerada mais vantajosa para a Administração, de acordo com as pesquisas de mercado realizadas – fl. 173 do Apenso, volume 01.

Quanto ao fracionamento da obra, entendo que não houve, nessa iniciativa, o dolo (o *animus*, o intuito) de fraudar o procedimento licitatório.



A Lei nº 8.666/93, no art. 23, § 5º, veda o fracionamento de despesas. Este ocorre quando se divide a despesa para o fim de poder-se utilizar a modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para fazer a contratação direta.

Observa-se que o fracionamento da obra se deu com o fim de melhor realizar a prestação do serviço, não havendo intenção de adotar outra modalidade de licitação diversa da recomendada pela legislação. A Prefeitura à época dos fatos, abriu o procedimento licitatório na modalidade concorrência, **que seria a apropriada para o caso.**

Observe-se que o plano de contenção do avanço das águas elaborado pela Prefeitura previa o fracionamento das obras dos trechos não em duas, mas em quatro divisões, havendo sido realizado em duas para acelerar o bloqueio ao avanço marítimo<sup>3</sup> – fls. 284/344 do volume 06 do apenso.

A contratação direta da **Construtora Ancar** Ltda. não decorreu de alguma fraude, mas sim de uma contratação direta – admitida e prevista na legislação de regência – em face da situação emergencial para a recuperação da orla, fato reconhecido pelo Governo do Estado de Pernambuco, e pelo Ministério do Meio Ambiente.

O próprio Tribunal de Contas da União - **TCU**, ao receber a representação contra a prestação de contas da então prefeita, considerou que, apesar de ela ser ‘desidiosa’ ao demorar para reconhecer a situação emergencial das obras para recuperação da orla, a contratação da Construtora Ancar Ltda., se deu de acordo com as normas legais e que os preços estavam de acordo com os praticados pelo mercado – fl. 295.

---

<sup>3</sup> Não é necessário ser portador de conhecimentos técnicos especializados para que qualquer pessoa constate, em transitando pela orla de Olinda, as visíveis investidas das águas do Atlântico, contra o que hoje pode ser considerado ‘terra firme’, ou seja os espaços de terra urbanizados (e ocupados) que se subseguem ao término das águas das marés oceânicas ...

Tal fato já havia sido atestado pelo diretor de obras da Prefeitura de Olinda – fl. 2000.

Ressalte-se que não houve manifestação contra as obras relativas ao Convênio, que foram cumpridas e realizadas pela Construtora Ancar Ltda. Ao contrário, foi aprovado o relatório final de Cumprimento do Objeto – fls. 2061/2076, do Volume 05 do Apenso – apresentado pela Prefeitura.

O Tribunal de Contas do Estado, em sessão do dia 31.05.2008, decidiu que as irregularidades cingiam-se à transferência irregular de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) recebidas pelo convênio para a conta da Prefeitura **para pagamento de pessoal** e à utilização de documentos inidôneos para respaldar a prestação de contas da prefeita – fl. 567, Apenso, Volume 13.

A decisão do TCU ressaltou, também, que as questões mais graves haviam sido a transferência dos recursos do convênio para a conta única da Prefeitura, e a utilização de notas de empenho e outros documentos inidôneos na prestação de contas da prefeita, determinado que ela devolvesse imediatamente os valores de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) – fls. 44/48 e 2774/2792 do volume 13 do apenso.

Com relação ao ‘desvio de verbas do convênio’, entendo que não se pode considerar como ato de improbidade administrativa da prefeita e dos seus então Secretários o depósito de verbas do Convênio, na conta da Prefeitura, **para o pagamento da ‘folha’ dos servidores municipais**.

A então prefeita, insisto, transferiu, à época, R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) das verbas destinadas ao Convênio, para a conta única da Prefeitura, destinando-a ao pagamento da folha de salários da Prefeitura de Olinda – fls. 2830 e 2831 do volume 13 do Apenso.

A prefeita, em nenhum momento nega o fato. Em sua defesa, sustenta que não houve enriquecimento ilícito da Administração ou dela mesma, nem conduta dolosa e sim a necessidade premente de solver a folha de pagamento, razão de ordem pública, uma vez que os servidores e funcionários de Olinda não poderiam passar um mês sem o recebimento de seus vencimentos e salários (não

se pode desconhecer a realidade de que, à parte os salários mais ‘expressivos’ – tais como a remuneração do próprio gestor da Comuna, e dos seus mais auxiliares mais qualificados (Secretários Municipais, por exemplo) – muito dificilmente se equiparam aos que pagos são pela União e, menos ainda, aos praticados na iniciativa privada, no que tange aos ocupantes de postos que envolvem o poder de gestão e de decisão).

Os depoimentos dos coapelantes são uniformes em confirmar as alegações da ex-prefeita:

... que a conta corrente de nº 1.400.001-,1, agência 047, do Bandepe, é provavelmente a conta geral da prefeitura que paga pessoal e fornecedores; que as transferências referidas para o Bandepe devem ter tido como objetivo o pagamento de pessoal; que houve um acréscimo considerável na folha de pessoal do Município de Olinda, começando a partir de fevereiro do ano corrente e atingindo cerca de oitocentos mil reais de acréscimo a partir de maio, com o pico de inaugurações de pronto socorros, maternidade, etc.; que a movimentação da conta única da prefeitura do Bandepe, para o pagamento de pessoal, é feita mediante autorização do declarante, que envia para o Bandepe a tabela de pagamento; que mensalmente o declarante tem conhecimento do total da folha de pessoal e de quanto a prefeitura tem em caixa para arcar com essa folha; que assegura os valores transferidos do Banco do Brasil, acima mencionados, foram utilizados para pagamento da folha de pessoal; que o pagamento é feito entre os dias 25 de um mês até os dias 05 ou 06 do outro mês; – declarações de Galba D’Almeida Lins (ex-Secretário da Administração e da Fazenda) às fls. 844/846 do Volume 02 do Apenso.

que em relação ao citado convênio, já foram pagos à Construtora Ancar a quantia de um milhão e trezentos e mil reais referentes a três empenhos emitidos em setembro e dois em outubro; **que a conta do convênio no momento não tem saldo porque o restante dos recursos foram utilizados para pagamento de folha de pessoal; que os recursos foram utilizados para pagamento de pessoal a partir de março corrente, mediante transferências efetuadas para a conta única da Prefeitura**

**no Bandede;** que essas transferências podem ser assinadas pelo declarante, pelo tesoureiro, pelo secretário adjunto e pelo secretário da fazenda, sempre em dois; que tem conhecimento que o secretariado do Município está estudando uma maneira de repor os recursos do referido convênio; que a utilização dos recursos do convênio para pagamento de pessoal era do conhecimento do Secretário da Fazenda e, por intermédio deste último, da Senhora Prefeita Maria Jacilda de Godoy Urquiza; **que os valores já pagos à Construtora Ancar foram pagos com recursos da Prefeitura, já como forma de reposição dos valores do convênio** – declarações de Fábio Emanuel Freire de Moraes (diretor Financeiro da Secretaria da Fazenda à época dos fatos) – fls. 847/848, do Volume 02 do Apenso.

Além disso, os elementos de prova constantes dos autos não induzem e nem muito menos autorizam a conclusão de que os apelantes tenham se locupletado ou auferido qualquer benefício econômico com os atos praticados, não havendo prejuízo para a União porque a obra foi realizada e o dinheiro do convênio foi aplicado em benefício do serviço público, ou seja, no pagamento dos servidores.

Se fôssemos subsumir a conduta dos apelantes ao rigor da lei, é certo que houve desvio (sentido amplo do vocábulo) das verbas públicas federais para objeto diverso daquele a que as referidas verbas se destinavam

No entanto, no presente caso, é certo que a transferência de verbas do convênio para o pagamento da folha municipal **não causou prejuízo ao patrimônio público.**

Como já mencionado anteriormente, o objeto do convênio foi cumprido, com a recuperação da orla marítima de Olinda. As verbas federais referentes ao convênio foram utilizadas para o pagamento da folha de pessoal, necessidade imperiosa do Município e das pessoas que trabalham do serviço público e que vivem de seus salários e vencimentos e não poderiam deles prescindir para sobreviver.

Desta forma, embora tenha havido o 'desvio', não se pode falar de forma rigorosa em malversação do dinheiro público em face

do pagamento da folha de pessoal com o dinheiro do convênio. **Ressalte-se que a obra referente ao convênio foi paga, com os recursos da própria Prefeitura, como bem afirmam os apêndices, como forma de “compensar” o temporário reforço financeiro para pagamento da folha com os recursos federais.**

Fica configurada, portanto, a irregularidade na utilização das verbas federais advindas do convênio; **mas não malversação dolosa a ponto de causar prejuízo ao Erário ou de configurar ato de improbidade administrativa.**

As verbas foram transferidas para a conta da Prefeitura em face da necessidade imperiosa e emergencial de garantir o pagamento da folha de pessoal, o que asseguraria aos servidores os recursos que garantiriam a sobrevivência de muitas famílias do dito Município.

**A obra de contenção da orla marítima foi realizada com os recursos da própria Prefeitura, sendo a obra paga à medida em que era feita, de acordo com a disponibilidade dos recursos da Prefeitura.**

Com relação à simulação na prestação de contas, entendo que não assiste razão ao Ministério Público Federal.

No tocante à responsabilidade da prefeita pela utilização dos boletins de medição e as notas de empenho em desacordo com a realidade, porque incompatíveis com o saldo existente na conta do convênio à época em que foram emitidas, o TCE/PE verificou várias irregularidades nas notas de empenho, em face da ausência de determinadas sequências de rotina, como o desconto do ISS, notas fiscais anexas e assinatura do Secretário do Planejamento e do Meio Ambiente, afirmando que esta mesma sequência foi ignorada após a transferência dos novecentos mil reais para a conta da Prefeitura, além ter sido dado como quitado o pagamento da obra realizada pela construtora ANCAR com os recursos do convênio – fl. 2780 do Volume 13 dos Apensos.

Verifico que existem, realmente, tais irregularidades, todavia, elas se devem exatamente ao fato da transferência do valor de R\$ 900.000,00 para a conta da Prefeitura. Com a referida transferência, não poderiam realmente as notas de empenho ser elaboradas

com o rigorismo técnico existente naquelas anteriores à remessa das verbas federais para a conta do Município.

As notas de empenho perderam o rigor técnico – a equivalência convênio-nota de empenho – em face da transferência do dinheiro para a conta da Comuna para o pagamento dos salários, passando a ser fundamentadas de acordo com a disponibilidade de dinheiro existente na conta da Prefeitura de Olinda, **que passou a pagar a obra com verbas próprias a fim de dar continuidade à obra emergencial e remunerar os serviços realizados com a Construtora.**

Nos apensos consta uma série de recibos de material e de pagamento de mão de obra, indicativos da continuidade das obras de contenção da orla **e do pagamento feito com verbas da Prefeitura** – fls. 2836/2929, do Volume 13 dos Apensos.

Ressalto que, apesar de as notas de empenho e dos boletins técnicos não corresponderem à realidade fática ocorrida no Município à época, posto que eles se fundamentaram na conta relativa ao convênio para sua elaboração, quando os apelados eram conhecedores do fato de que esta não possuía saldo porque este fora remetido para a conta única da Prefeitura para pagamento de pessoal, a declaração final da Prefeita na prestação de contas sobre a realização da obra **não foi inverídica**, porque apesar de não ter sido feita com os recursos do convênio, tendo sido realizada com a verba da Prefeitura, não havendo nos autos prova de que houve outros desvios de valores referentes ao mesmo convênio além do discutido nestes autos ou mesmo apropriação por parte dos gestores.

Quanto aos boletins de medição, que são os documentos que discriminam serviços medidos no período e serviços acumulados na obra, é certo que, estando elas assinadas pelo engenheiro e pelos funcionários públicos responsáveis e com toda a aparência de obediência às normas técnicas e legais, caberia à prefeita e seus secretários apenas os assinarem, o que fizeram.

Ressalte-se que eles foram elaborados de acordo com a disponibilidade financeira da Prefeitura, que assumiu o pagamento da obra para substituir as verbas federais usadas para o pagamento

da folha de pessoal.

Além disso, os elementos constantes nos autos não levam à conclusão, insisto, de que houve ou tenha havido, o enriquecimento ilícito por parte do então gestor municipal.

Nesse ponto, mostra-se equivocada a sentença ao imputar-lhe as penas de ressarcimento do dano ao Erário, de forma solidária, bem como a multa civil, a perda da função pública, se exerce(m) alguma, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

As referidas penas estão previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Ora, os atos de improbidade descritos e atribuídos ao apelantes, não causaram prejuízo ao Ente público, nada indicando que eles tenham auferido benefício patrimonial que se possa traduzir em enriquecimento ilícito ou sem causa.

**Não foi constatada pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco ou pelo Tribunal de Contas da União, por ocasião da tomada de contas realizada em função do convênio de que cuidam estes autos, a inexecução do objeto do contrato firmado com o Município de Olinda, restando patente não haverem os apelados auferido vantagem pecuniária indevida em razão destas irregularidades.**

A pena referente aos atos de improbidade devem ser dirigidas **àqueles que agem com o dolo de lesar o patrimônio público.**

No caso, parte dos valores do convênio foram, ao invés de ser dirigidos para o pagamento da obra pública que estava a ser realizada (e foi concluída) **destinados ao pagamento dos funcionários municipais de Olinda, garantindo o funcionamento do serviço público local em benefício da população.**

Em seguida, e de acordo com a disponibilidade de recursos da Prefeitura, **foi dada continuidade à obra, que enfim, foi concluída com recursos da Municipalidade em substituição aos recursos do Convênio.**

Desta forma, entendo estar ausente o elemento 'dolo' ou a 'desonestidade' necessário(s) à configuração do ato de improbidade.

Em face do exposto, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal e dou provimento à apelação dos réus, para absolvê-los por não reconhecer que tenha havido a prática de qualquer ato de improbidade administrativa, pese o fato da ocorrência das irregularidades, tal como já foi ampla e reiteradamente afirmado, ao longo destas razões.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 438.813-CE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: UNIÃO E BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN  
Advs./Procs.: DRS. JOÃO BEZERRA DE FREITAS E OUTROS  
(2º APDO.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRIVATIZAÇÃO DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ. VIOLAÇÃO PELA MP 2.192-70/2001 AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. MANIFESTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. DISPONIBILIDADES DE CAIXA. EDITAL DE VENDA DO BEC.***



**AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO 4º DO ART. 21 DA LEI Nº 8.666/93 – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. COMUNICADO RELEVANTE Nº 04/2005 - BEC. APROVAÇÃO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO DE RERRATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES SOB CONDIÇÃO PELO SENADO FEDERAL. REAPRECIÇÃO PELA CASA LEGISLATIVA APÓS DECISÃO DO STF. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

*- O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3578, por entender que a permanência na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário viola o princípio da moralidade e o art. 164, § 3º, da Constituição Federal, suspendeu a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01), o que importou na exclusão do objeto do certame da administração da conta única do Estado.*

*- Nos idos de 1996 pairava no âmbito do Governo Federal forte preocupação com a estabilidade do mercado financeiro, notadamente com as instituições financeiras estaduais, imprudentemente administradas para financiar os interesses eleitoreiros dos governantes. Assim, ante o risco de intervenção em diversas instituições financeiras, caso continuassem sob o controle estatal, a União adquiriu o controle acionário, entre outros casos, do Banco do Estado do Ceará, para posterior privatização. Neste contexto, no intuito de viabilizar a venda da instituição financeira, manteve-se – através de contrato firmado entre o BEC e o Estado do Ceará, poste-*

***riormente aditado haja vista a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 3.578-9 – a prestação pela instituição financeira vencedora do leilão de serviços de pagamento a fornecedores do Estado; pagamento da remuneração dos servidores do Estado; arrecadação, pelo Banco, em concorrência com outras instituições financeiras e demais entidades arrecadadoras, de impostos, taxas, contribuições e multas de competência do Estado, entre outros.***

***- Não se vislumbra afronta pelo Edital de Venda do BEC ao princípio da licitação. A transferência para a instituição vencedora do certame dos serviços já referidos consistiu em estímulo, em atrativo à aquisição das ações do Banco Estadual para atender o interesse público, em favor dos interesses do Estado do Ceará e no interesse da União, a qual, visando o fortalecimento do sistema financeiro nacional, objetivava alienar as ações do BEC a instituição sólida. O princípio foi respeitado na medida em que fora realizado leilão e todos os bancos, que preenchessem as exigências técnicas e econômicas, puderam participar do certame em igualdade de condições.***

***- Quanto à possibilidade de inclusão no Edital de Venda do BEC dos serviços de pagamento de fornecedores do ESTADO e da remuneração dos servidores do ESTADO, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872-6/DF, não os excluiu, por concluir que o pagamento realizado a servidores públicos, assim como o pagamento a fornecedores do Estado não são disponibilidades de caixa, pois uma vez postos à disposição dos credores particulares tem caráter de despesa liquidada.***

***- Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na Ação Direta de***

***Inconstitucionalidade nº 3578 (onde se assentou que permanência na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário viola o princípio da moralidade e o art. 164, § 3º, da Constituição Federal) o Banco Central editou o Comunicado Relevante nº 04/2005 - BEC, alterando os itens 1.1 do Capítulo 1, 6.7.1.1 e 6.7.1.2 do Capítulo 6, bem como o Capítulo 10 (cronograma geral), do Edital de Venda PND Nº 2005/001 DE ALIENAÇÃO DE AÇÕES DO CAPITAL SOCIAL DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S.A. - BEC.***

***- A ausência de republicação do Edital de Venda do Banco do Estado do Ceará - BEC não importou em transgressão ao § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, eis que os objetivos de publicidade foram atingidos com a devida divulgação do Comunicado Relevante nº 04/2005 - BEC. Ademais, não há nos autos qualquer alegação de insuficiência de divulgação do referido comunicado.***

***- Sabido é que o Terceiro Termo Aditivo de Rerratificação do Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição foi aprovado pelo Senado Federal através da Resolução nº 5, de 2005, a qual autorizou o Estado do Ceará a contratar o referido Terceiro Termo celebrado com a União.***

***- Reputa-se desnecessária a reapreciação do citado Terceiro Termo Aditivo de Rerratificação pela Casa Legislativa após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3578 porquanto o excesso destacado pelo Pretório Excelso – administração da conta única do Estado – não importou em qualquer prejuízo ao Estado ou à União e não ensejou alteração do PREÇO MÍNIMO do leilão.***

***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 25 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desafiando sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que, nos autos da ação ordinária em epígrafe, julgou IMPROCEDENTE o pedido.

Em suas razões de apelação (fls. 177/197), o recorrente alega: a) a MP 2.192-70/2001 viola o princípio da moralidade, por facilitar favorecimento indevido de instituições privadas; b) o edital de venda do BEC afronta o princípio da licitação, na medida em que além do controle acionário do banco, confere ao vencedor da licitação o pagamento de servidores e fornecedores, bem como a administração de carteiras de crédito e a custódia de títulos públicos, excluindo os bancos públicos da licitação; c) ter sido vulnerado o § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, vez que, havendo alteração no edital que afete a formulação das propostas, tem-se de proceder a nova publicação da mesma forma que se deu o texto original e reabrir o prazo inicialmente estabelecido; e) a necessidade de reapreciação pelo Senado Federal do TERCEIRO TERMO ADITIVO DE RERRATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES SOB CONDIÇÃO. Ao final, pugna pelo provimento da apelação, a fim de seja reformada a sentença nos pontos em que ação não tenha eventualmente perdido o objeto.

Contrarrazões da União às fls. 204/209.

Contrarrazões do Banco Central do Brasil às fls. 216/237.

O MD. Representante do Ministério Público Federal ofertou

parecer, fls. 246/258, pugnano pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Dispensada a revisão, peça dia para julgamento.

### **VOTO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Conforme ensaiado no relatório, cuida-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desafiando sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que, nos autos da ação ordinária em epígrafe, julgou IMPROCEDENTE o pedido.

Em sede de preliminar, registra-se o atendimento dos pressupostos intrínsecos (cabimento, interesse, legitimidade e ausência de fato extintivo e impeditivo do direito de recorrer) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal) de admissibilidade, pelo que merece trânsito o apelo.

Quatro são, fundamentalmente, as razões pelas quais o Ministério Público Federal postula a reforma da sentença: a) a MP 2.192-70/2001 viola o princípio da moralidade, por facilitar favorecimento indevido de instituições privadas; b) o edital de venda do BEC afronta o princípio da licitação, na medida em que além do controle acionário do banco, confere ao vencedor da licitação o pagamento de servidores e fornecedores, bem como a administração de carteiras de crédito e a custódia de títulos públicos, excluindo os bancos públicos da licitação; c) ter sido vulnerado o § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, vez que, havendo alteração no edital que afete a formulação das propostas, tem-se de proceder a nova publicação da mesma forma que se deu o texto original e reabrir o prazo inicialmente estabelecido; d) a necessidade de reapreciação pelo Senado Federal do TERCEIRO TERMO ADITIVO DE RERRATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES SOB CONDIÇÃO.

#### **A) DA ALEGADA VIOLAÇÃO PELA MP 2.192-70/2001 AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE:**

O apelante defendeu que a MP 2.192-70/2001 infringiu o princípio da moralidade, ao atribuir à instituição financeira adquirente

de banco público a administração da conta única e os consectários dela.

De logo, é mister sublinhar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3578, exatamente por entender que a permanência na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário viola o princípio da moralidade e o art. 164, § 3º, da Constituição Federal, suspendeu a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01), o que importou na exclusão do objeto do certame da administração da conta única do Estado.

Neste ponto, houve, em verdade, perda parcial do objeto.

Os demais serviços mantidos com a instituição financeira adquirente do Banco não foram considerados, a exemplo do pagamento de servidores e fornecedores, pelo Supremo Tribunal Federal como disponibilidades de caixa.

Precedentes STF.

## **B) DA SUSCITADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO PELO EDITAL DE VENDA DO BEC:**

Alega o Ministério Público Federal que o edital de venda do BEC afronta o princípio da licitação, na medida em que além do controle acionário do banco, confere ao vencedor da licitação o pagamento de servidores e fornecedores, bem como a administração de carteiras de crédito e a custódia de títulos públicos, excluindo os bancos públicos da licitação.

O Edital de Venda do Banco do Estado do Ceará, lastreado no “Contrato de Prestação de Serviços e outras Avenças” firmado entre o Banco do Estado do Ceará S.A. - BEC e o Estado do Ceará, dispunha:

6.7.1.1 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E OUTRAS AVENÇAS O BEC e o ESTADO, com base nas disposições da Lei Federal no 8.666, de 21.06.93, e da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.192-70, firmaram, em 28.02.05, o CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E OUTRAS AVENÇAS, que tem por objeto a prestação, pelo BEC ao

ESTADO, dos serviços a seguir descritos:

a) Em caráter de exclusividade:

I. administração da Conta Única do ESTADO;

II. pagamento a fornecedores do ESTADO;

III. pagamento da remuneração dos servidores do ESTADO;

IV. administração do Fundo de Desenvolvimento Industrial (FDI) do ESTADO; e

V. administração e custódia dos títulos públicos federais adquiridos pelo ESTADO para a eventual recompra das operações de crédito rural securitizadas.

b) Sem caráter de exclusividade:

I. arrecadação, pelo banco, em concorrência com outras instituições financeiras e demais entidades arrecadadoras, de impostos, taxas, contribuições e multas, de competência do ESTADO, assegurada a centralização da arrecadação no BEC;

II. administração das carteiras de crédito adquiridas do BEC pelo ESTADO; e

III. aplicação de recursos financeiros com remuneração, tanto através da aquisição de papéis de emissão do próprio BEC como pela aquisição de cotas de fundos de investimento administrados pelo mesmo.

Como contrapartida, o BEC deverá manter sistemas operacionais e de informática capazes de bem operacionalizar os serviços contratados, manter rede de agências, postos de atendimento ou terceirização dos serviços compatíveis com eficiente prestação dos serviços e designar área e Diretor responsável pelo relacionamento com o ESTADO.

O Contrato estabelece, em sua cláusula segunda, que o ESTADO não pagará qualquer remuneração ao BEC pelos serviços prestados em caráter de exclusividade, referidos no item (a) acima, com exceção do subitem (IV). O mesmo entrará em vigor na data do LEILÃO, e terminará 5 (cinco) anos após o início de sua vigência, a qual fica limitada até 31.12.10, ficando ressalvadas as cláusulas que expressamente prevejam prazos superiores.

#### 6.7.1.2 DEPÓSITOS JUDICIAIS

O BEC, enquanto instituição financeira oficial, mantém, com exclusividade, a Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário do Estado do Ceará compreendendo

os recursos provenientes de depósitos judiciais em geral e aplicações financeiras do Poder Judiciário.

A matéria é regulada pela legislação estadual e federal, a seguir:

a) Lei Estadual nº 12.643, de 09.12.96, com as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 12.669, de 30.12.96: “Institui o Sistema Financeiro da Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário do Estado do Ceará e dá outras providências”. Essa Lei determina que os depósitos judiciais sob aviso e à disposição do Poder Judiciário do Estado do Ceará e suas aplicações financeiras sejam feitos no BEC e centralizados, que somente podem ser movimentados por conta e ordem do Presidente do Tribunal de Justiça, ou autoridade delegada, constituindo tais depósitos um fundo monetário mantido e movimentado no BEC enquanto não utilizado para os fins a que se destinam.

b) Lei Estadual nº 13.480, de 26.05.04: “Dispõe sobre a transferência de parcela dos Depósitos Judiciais em recursos monetários da Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário para a Conta Única do Tesouro Estadual, sobre a gestão desses recursos e dá outras providências”, determinando que 70% (setenta por cento) do saldo existente na Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário do Estado do Ceará, junto ao BEC, seja transferido para a Conta Única do Tesouro Estadual, ficando os 30% (trinta por cento) restantes do saldo existente na Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário, constituindo esse valor um fundo de reserva destinado a garantir os pagamentos e restituições dos depósitos judiciais realizados. Esta Lei, em seu artigo 9º, revoga as disposições em contrário, em especial as constantes da Lei nº 12.643, de 04.12.96.

c) Decreto Estadual nº 27.533, de 08.09.04: “Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados quando da transferência de parcela dos Depósitos Judiciais, em recursos monetários, da Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário para a Conta Única do Tesouro Estadual”. Este Decreto regulamenta e detalha os procedimentos necessários para aplicação da Lei Estadual nº 13.480, de 26.05.04.

d) MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.192-70: No seu artigo 29,



determina que os depósitos judiciais efetuados em instituição financeira oficial submetida a processo de privatização poderão ser mantidos, até o regular levantamento, na própria instituição financeira privatizada ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário. Portanto, a partir da privatização do BEC, o Poder Judiciário do Estado do Ceará terá de determinar que os novos depósitos judiciais sejam feitos em instituição financeira oficial.

e) Lei Federal nº 10.482, de 03.07.02: “Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, e dá outras providências”.

f) Circular BACEN nº 3.247, de 14.07.04, sobre a “manutenção de depósitos judiciais em instituições financeiras submetidas a processo de privatização”, regulamentando o disposto no artigo 29 da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.192-70.

Com base na legislação referida, a partir da privatização, os novos Depósitos Judiciais deixarão de ser efetuados no BEC. Os Depósitos Judiciais existentes na data da ALIENAÇÃO, por decisão do Poder Judiciário, poderão ou não ser mantidos no BEC.

(...)

## CAPÍTULO 10 - CRONOGRAMA GERAL

### DATA EVENTO

20.05.05 Divulgação do MANUAL DE DILIGÊNCIA

30.05.05 Abertura da SALA DE INFORMAÇÕES (Data Room)

22.07.05 Término do prazo para acesso à SALA DE INFORMAÇÕES (Data Room)

29.07.05 Publicação do EDITAL DE VENDA

08.08.05 Divulgação do MANUAL DE OFERTA AOS EMPREGADOS

08.08.05 Início da OFERTA AOS EMPREGADOS

11.08.05 Reunião técnica para esclarecimento do EDITAL DE VENDA e divulgação do MANUAL DE INSTRUÇÕES (CBLC) - São Paulo

25.08.05 Reunião técnica para esclarecimento da OFERTA AOS EMPREGADOS - Fortaleza

Até 02.09.05 Convocação da AGE do BEC para eleição dos novos administradores

02.09.05 Data para pré-identificação junto a CBLC

08.09.05 Divulgação dos pré-identificados pela CBLC e depósito de garantias  
13.09.05 Divulgação dos habilitados a participar do LEILÃO  
15.09.05 LEILÃO  
22.09.05 Liquidação financeira do LEILÃO e assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES Alienação das Ações do Capital Social do Banco do Estado do Ceará S.A.  
22.09.05 AGE do BEC para eleição dos novos administradores  
30.09.05 Término do prazo para habilitação pelos EMPREGADOS  
07.10.05 Divulgação da Tabela de Lotes e início do prazo para a reserva de ações pelos EMPREGADOS  
21.10.05 Término do prazo para reservas de ações pelos EMPREGADOS  
01.11.05 Envio das fichas de reserva da OFERTA AOS EMPREGADOS à CBLC  
10.11.05 Liquidação financeira da OFERTA AOS EMPREGADOS  
11.11.05 Liquidação financeira das sobras da OFERTA AOS EMPREGADOS  
13.01.06 Encerramento do PROCESSO

Tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 3.578-9, foi firmado o Aditivo ao Contrato de Prestação de Serviço e Outras Avenças, do qual se extrai:

CLÁUSULA PRIMEIRA - Ficam excluídos os itens “I” e “IV” da alínea “a” e o item “III” da alínea “b” da Cláusula Primeira do Contrato ora aditado.

CLÁUSULA SEGUNDA - O item “i” da alínea “b” da Cláusula Primeira do Contrato ora aditado passa a ter a seguinte redação:

“i) Arrecadação, pelo BANCO, em concorrência com outras instituições financeiras e demais entidades arrecadoras, de impostos, taxas, contribuições e multas de competência do ESTADO”.

CLÁUSULA TERCEIRA - A Cláusula Segunda do contrato ora aditado passa a ter a seguinte redação:

“Cláusula Terceira - A contratação dos serviços objeto do presente instrumento não obriga o ESTADO, em qualquer hipótese, a manter suas disponibilidades no BANCO, quer sob a forma de depósito, quer sob a forma de aquisição de papéis emitidos pelo mesmo”.

(...)

Demais disso, em face da dita decisão do Supremo Tribunal Federal, o Banco Central editou o Comunicado Relevante nº 04/2005 - BEC, alterando os itens 1.1 do Capítulo 1, 6.7.1.1 e 6.7.1.2 do Capítulo 6, bem como o Capítulo 10, do Edital de Venda PND Nº 2005/001 DE ALIENAÇÃO DE AÇÕES DO CAPITAL SOCIAL DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S.A. - BEC. Nesse sentido, o Banco Central, em cumprimento à decisão do Pretório Excelso, noticiou a exclusão da administração da Conta Única do Estado do Ceará do certame.

Não vislumbro a alegada violação ao princípio da licitação. Eis as razões de tal assertiva.

Quanto ao princípio da licitação (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 8.666/93), tenho que o mesmo foi obedecido na medida em que fora realizado leilão e todos os bancos, que preenchessem as exigências técnicas e econômicas, puderam participar do certame em igualdade de condições.

Registre-se que, nos idos de 1996 pairava no âmbito do Governo Federal forte preocupação com a estabilidade do mercado financeiro, notadamente com as instituições financeiras estaduais, imprudentemente administradas para financiar os interesses eleitorais dos governantes.

Assim, ante o risco de intervenção em diversas instituições financeiras, caso continuassem sob o controle estatal, a União adquiriu o controle acionário, entre outros casos, do Banco do Estado do Ceará, para posterior privatização.

Neste contexto, no intuito de viabilizar a venda da instituição financeira, manteve-se – através de contrato firmado entre o BEC e o Estado do Ceará, posteriormente aditado haja vista a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 3.578-9 – a prestação pela instituição financeira vencedora do leilão de serviços de

pagamento a fornecedores; pagamento da remuneração dos servidores; arrecadação, pelo Banco, em concorrência com outras instituições financeiras e demais entidades arrecadadoras, de impostos, taxas, contribuições e multas de competência do Estado, entre outros.

Na lição de Marcos Juruena Villela Souto, cita-se o exemplo do BANERJ, com grifos acrescidos:

**Citando, mais uma vez**, o exemplo do BANERJ, para proporcionar uma adequada avaliação da instituição, nela se manteve, como “fundo de comércio”, o fluxo de caixa proporcionado pelas operações da Administração, tais como o pagamento de servidores ativos e inativos, pensionistas, contratados, o fornecimento de vales-refeição e o recebimento de rendas e tributos. (...) Mais interessante seria manter as operações com o BANERJ e pela instituição como um todo, tendo o Estado como cliente, e obter um maior lance no leilão, no qual, como dito, já se alcança as vantagens e objetivos da licitação, além de vantagens sociais e econômicas.

**O volume de situações envolvendo empregados ativos e inativos e seus pensionistas, credores e minoritários, e os litígios que delas podem decorrer, podem influenciar o valor das ações alienadas e até uma futura responsabilidade da Administração ou do adquirente e devem ser do amplo conhecimento público.**<sup>1</sup>

Destarte, a transferência para a instituição vencedora do certame dos serviços supra elencados consistiu em estímulo, em atrativo à aquisição das ações do Banco Estadual para atender o interesse público, em favor dos interesses do Estado do Ceará, na medida em que contaria com diversos serviços sem contraprestação e no interesse da União, a qual, visando o fortalecimento do sistema financeiro nacional, objetivava alienar as ações do BEC a instituição sólida.

---

<sup>1</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997. p. 120.

Quanto à possibilidade de inclusão no Edital de Venda do BEC dos serviços de pagamento de fornecedores do ESTADO e da remuneração dos servidores do ESTADO, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872-6/DF, não os excluiu, por concluir que o pagamento realizado a servidores públicos, assim como o pagamento a fornecedores do Estado não são disponibilidades de caixa, pois uma vez postos à disposição dos credores particulares tem caráter de despesa liquidada.

No sentido último do texto, cumpre transcrever a ementa do referido julgado – Rcl 3.872-AGR/DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS: DISPONIBILIDADE DE CAIXA: DEPÓSITO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS. CF, ART. 164, § 3º. SERVIDORES PÚBLICOS: CRÉDITO DA FOLHA DE PAGAMENTO EM CONTA EM BRANCO PRIVADO: INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 164, § 3º, CF.

(Rcl 3872 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2005, DJ 12-05-2006 PP-00005 EMENT VOL-02232-02 PP-00242 LEXSTF v. 28, nº 330, 2006, p. 138-160)

### **C) DA DEFENDIDA OFENSA AO 4º DO ART. 21 DA LEI Nº 8.666/93 – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE:**

De partida, é imperioso observar o que dispõe o § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Não há que se falar em republicação do edital de venda do BEC, quando foi publicado o Comunicado Relevante nº 04/2005 - BEC, alterando os itens 1.1 do Capítulo 1, 6.7.1.1 e 6.7.1.2 do Capítulo 6, bem como o Capítulo 10 que trata do cronograma, do Edital de Venda PND Nº 2005/001 DE ALIENAÇÃO DE AÇÕES DO CAPITAL SOCIAL DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S.A. - BEC, estabelecendo, inclusive, novos prazos:

#### COMUNICADO RELEVANTE Nº 04/2005/BEC

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe conferem o Decreto Federal nº 3.286, de 14 de dezembro de 1999, a Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, o Decreto Federal nº 2.594, de 15 de maio de 1998, e demais disposições aplicáveis, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 14 de setembro de 2005, nos autos da ADI nº 3.578-9, requerida pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, dá nova redação aos itens 1.1 do Capítulo 1, 6.7.1.1 e 6.7.1.2 do Capítulo 6, bem como ao Capítulo 10, do Edital de Venda PND Nº 2005/001 DE ALIENAÇÃO DE AÇÕES DO CAPITAL SOCIAL DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S.A. - BEC, de 28.7.2005, publicado no Diário Oficial da União de 29.7.2005, conforme se segue:

#### 1.1 DEFINIÇÕES E ABREVIações

w) **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E OUTRAS AVENÇAS:** contrato firmado entre o ESTADO e o BEC, em 28.2.05, aditado em 27.9.05.

#### 6.7.1.1 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E OUTRAS AVENÇAS

O BEC e o ESTADO, com base nas disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21.6.93, e na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 14.9.2005, nos autos da ADI nº 3.578-9, firmaram o **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E OUTRAS AVENÇAS**, que tem por objeto a prestação, pelo BEC ao ESTADO, dos serviços a seguir descritos:

a) em caráter de exclusividade:

I. pagamento a fornecedores do ESTADO;

II. pagamento da remuneração dos servidores do ESTADO; e

III. administração e custódia dos títulos públicos federais adquiridos pelo ESTADO para a eventual recompra das operações de crédito rural securitizadas.

b) sem caráter de exclusividade:

I. arrecadação, pelo banco, em concorrência com outras instituições financeiras e demais entidades arrecadadoras, de impostos, taxas, contribuições e multas, de competência do ESTADO;

II. administração das carteiras de crédito adquiridas do BEC pelo ESTADO.

1 Alienação das Ações do Capital Social do Banco do Estado do Ceará S.A.

Como contrapartida, o BEC deverá manter sistemas operacionais e de informática capazes de bem operacionalizar os serviços contratados, manter rede de agências, postos de atendimento ou terceirização dos serviços compatíveis com eficiente prestação dos serviços e designar área e Diretor responsável pelo relacionamento com o ESTADO.

O Contrato estabelece que o ESTADO não pagará qualquer remuneração ao BEC pelos serviços prestados em caráter de exclusividade, referidos na alínea (a) acima. O referido contrato entrará em vigor na data do LEILÃO, e terminará 5 (cinco) anos após o início de sua vigência.

#### 6.7.1.2 DEPÓSITOS JUDICIAIS

O BEC, na qualidade de instituição financeira oficial, mantém, com exclusividade, a Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário do Estado do Ceará compreendendo os recursos provenientes de depósitos judiciais em geral e de aplicações financeiras do Poder Judiciário.

A matéria é regulada pela legislação estadual e federal, a seguir:

a) Lei Estadual nº 12.643, de 9.12.96, com as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 12.669, de 30.12.96: "Institui o Sistema Financeiro da Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário do Estado do Ceará e dá outras providências". Essa Lei determina que os depósitos judiciais sob aviso e à disposição do Poder Judiciário do Estado do Ceará e suas aplicações financeiras sejam feitos no BEC e centralizados, e que somente podem ser movimentados por conta e ordem do Presidente do Tribunal de Justiça ou autoridade delegada, constituindo tais

depósitos um fundo monetário mantido e movimentado no BEC enquanto não utilizado para os fins a que se destinam.

b) Lei Estadual nº 13.480, de 26.05.04: “Dispõe sobre a transferência de parcela dos Depósitos Judiciais em recursos monetários da Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário para a Conta Única do Tesouro Estadual, sobre a gestão desses recursos e dá outras providências”, determinando que 70% (setenta por cento) do saldo existente na Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário do Estado do Ceará, junto ao BEC, seja transferido para a Conta Única do Tesouro Estadual, ficando os 30% (trinta por cento) restantes do saldo existente na Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário, constituindo esse valor um fundo de reserva destinado a garantir os pagamentos e restituições dos depósitos judiciais realizados. Esta Lei, em seu artigo 9º, revoga as disposições em contrário, em especial as constantes da Lei nº 12.643, de 4.12.96.

c) Decreto Estadual nº 27.533, de 08.09.04: “Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados quando da transferência de parcela dos Depósitos Judiciais, em recursos monetários, da Conta Única de Depósitos Judiciais do Poder Judiciário para a Conta Única do Tesouro Estadual”. Este Decreto regulamenta e detalha os procedimentos necessários para aplicação da Lei Estadual nº 13.480, de 26.05.04.

2 Alienação das Ações do Capital Social do Banco do Estado do Ceará S.A.

d) Lei Federal nº 10.482, de 3.7.02: “Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, e dá outras providências”.

Com base na legislação referida, a partir da privatização, os novos Depósitos Judiciais deixarão de ser efetuados no BEC. Os Depósitos Judiciais existentes na data da ALIENAÇÃO não poderão ser mantidos no BEC, em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 14.9.2005, nos autos da ADI nº 3.578-9, que deferiu liminar no sentido da inconstitucionalidade do art.29, juntamente com seu Parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24.8.2001.



## CAPÍTULO 10 - CRONOGRAMA GERAL

DATA	EVENTO
20.05.05	Divulgação do MANUAL DE DILIGÊNCIA
30.05.05	Abertura da SALA DE INFORMAÇÕES (Data Room)
22.07.05	Término do prazo para acesso à SALA DE INFORMAÇÕES (Data Room)
29.07.05	Publicação do EDITAL DE VENDA
08.08.05	Divulgação do MANUAL DE OFERTA AOS EMPREGADOS
08.08.05	Início da OFERTA AOS EMPREGADOS
11.08.05	Reunião técnica para esclarecimento do EDITAL DE VENDA e divulgação do MANUAL DE INSTRUÇÕES (CBLC) - São Paulo
25.08.05	Reunião técnica para esclarecimento da OFERTA AOS EMPREGADOS - Fortaleza
02.09.05	Data para pré-identificação junto a CBLC
08.09.05	Divulgação dos pré-identificados pela CBLC
Até 30.09.05	Convocação da AGE do BEC para eleição dos novos administradores
10.10.05	Depósito de garantias
13.10.05	Divulgação dos habilitados a participar do LEILÃO
<b>13.10.05</b>	<b>LEILÃO</b>
20.10.05	Liquidação financeira do LEILÃO e assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES
20.10.05	AGE do BEC para eleição dos novos administradores
21.10.05	Término do prazo para habilitação pelos EMPREGADOS

Decerto, os objetivos de publicidade foram atingidos com a publicação do Comunicado Relevante nº 04/2005 - BEC, pois a despeito de não ter sido publicado em forma de edital, foi devidamente divulgado. Ademais, não há nos autos qualquer alegação de insuficiência de divulgação do referido comunicado.

Acrescente-se que, em face de decisão prolatada pelo Ministro MARCO AURELIO – Relator da Reclamação nº 3.872 foi suspenso o Comunicado Relevante nº 04/2005 - BEC, através de outro comunicado relevante, o de nº 05/2005/BEC (publicado no Diário Oficial da União – Seção 3, de 14 de outubro de 2005, p. 39), cujo teor se transcreve:

**COMUNICADO RELEVANTE N 5/2005/BEC**

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe conferem o Decreto Federal nº 3.286, de 14 de dezembro de 1999, a Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, o Decreto Federal nº 2.594, de 15 de maio de 1998, e demais disposições aplicáveis, tendo em vista a decisão liminar do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da RCL nº 3.872, requerida pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, suspende o Comunicado Relevante nº 04/2005/BEC, de 27 de setembro de 2005.

Brasília, 13 de outubro de 2005

ANTONIO GUSTAVO MATOS DO VALE

Diretor

Empós, com o julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872 pelo Pretório Excelso restabeleceu-se o Comunicado Relevante nº 04/2005/BEC, por meio do Comunicado Relevante nº 06/2005/BEC (publicado no Diário Oficial da União - Seção 3, de 19 de dezembro de 2005, p. 63), o qual ostenta a seguinte dicção:

**COMUNICADO RELEVANTE N 6/2005/BEC**

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe conferem o Decreto Federal nº 3.286, de 14 de dezembro de 1999, a Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, o Decreto Federal nº 2.594, de 15 de maio de 1998, e demais disposições aplicáveis, comunica que o Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida em 14 de dezembro de 2005, nos autos do Agravo Regimental inter-

posto pelo Banco Central do Brasil e União na Reclamação nº 3.872, requerida pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, restabeleceu o teor do Comunicado Relevante nº 04/2005/BEC. Em decorrência, divulga as novas datas dos eventos ali fixados, a saber:

19.12.05	Depósito de garantias
20.12.05	Divulgação dos habilitados a participar do LEILÃO
20.12.05	LEILÃO
03.01.06	Liquidação financeira do LEILÃO e assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES
03.01.06	AGE do BEC para eleição dos novos administradores
06.01.06	Término do prazo para habilitação pelos EMPREGADOS
13.01.06	Divulgação da Tabela de Lotes e início do prazo para a reserva de ações pelos EMPREGADOS
30.01.06	Término do prazo para reservas de ações pelos EMPREGADOS
10.02.06	Envio das fichas de reserva da OFERTA AOS EMPREGADOS à CBLC
20.02.06	Liquidação financeira da OFERTA AOS EMPREGADOS
21.02.06	Liquidação financeira das sobras da OFERTA AOS EMPREGADOS
01.09.06	Encerramento do PROCESSO

**D) DA NECESSIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO SENADO FEDERAL DO TERCEIRO TERMO ADITIVO DE RERRATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES SOB CONDIÇÃO:**

O *Parquet* defende a necessidade de reapreciação pelo Senado Federal do Terceiro Termo Aditivo, sob o argumento de que

“havendo alteração nas condições do Termo Aditivo submetido ao Senado Federal, a sua eficácia fica condicionada à aprovação prévia daquela Casa Legislativa, em face da competência privativa que lhe foi atribuída pela Constituição Federal”.

Sabido é que o TERCEIRO TERMO ADITIVO DE RERRATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES SOB CONDIÇÃO foi aprovado pelo Senado Federal através da Resolução nº 5, de 2005, a qual ostenta a seguinte dicção, com negritos acrescidos:

R E S O L U Ç Ã O Nº 5, DE 2005

**Autoriza o Estado do Ceará a contratar o Terceiro Termo Aditivo de Rerratificação ao Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição, celebrado entre a União e o Estado do Ceará**, em 12 de novembro de 1998, com a interveniência do Banco do Estado do Ceará, da Caixa Econômica Federal e do Banco Central do Brasil.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É o Estado do Ceará autorizado a contratar o Terceiro Termo Aditivo de Rerratificação ao Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição, de 28 de fevereiro de 2005, celebrado entre a União e o Estado do Ceará, em 12 de novembro de 1998, com a interveniência do Banco do Estado do Ceará, da Caixa Econômica Federal e do Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. Ficam ratificadas as disposições não alteradas do Contrato objeto do Aditivo referido no *caput*.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 25 de abril de 2005

SENADOR RENAN CALHEIROS

Presidente do Senado Federal

Reputo desnecessária a reapreciação do referido TERMO ADITIVO pela Casa Legislativa após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3578 (onde se assentou que permanência na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário viola o princípio da moralidade e o art. 164, § 3º, da Constituição Federal) porquanto o excesso destacado pelo Pretório Excelso – administração da conta única

do Estado – limitou o procedimento em eventual prejuízo do adquirente do Banco e não em desfavor do Estado ou da União.

Demais disso, do cotejo do Edital de Venda do BEC e do Comunicado Relevante nº 04/2005-BEC (editado para adequar o certame à decisão do Pretório Excelso, cf. fls. 35/38) observa-se que não houve alteração do PREÇO MÍNIMO do leilão.

Destarte, é de se rejeitar a tese de que “todo o valor a ser obtido na venda do BEC deverá, obrigatoriamente ser destinado para abater a dívida decorrente do empréstimo concedido pela União”, porquanto se mantivera, como pactuado no TERCEIRO TERMO ADITIVO DE RERRATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES SOB CONDIÇÃO, a cláusula que garantia ao Estado a importância de R\$ 66.500.000,00 (sessenta e seis milhões e quinhentos mil reais), não destinada à amortização da dívida do Estado junto à União.

Nessa linha, tendo em vista que não houve alteração de valores no âmbito do leilão não há que se falar em prejuízo na operação de crédito quer para o Estado do Ceará, quer para a União.

Por fim, registre-se que o Tribunal de Contas da União aprovou o processo de privatização do Banco do Estado do Ceará, conforme se observa do teor do Acórdão 1444/2005 – Plenário, tendo, inclusive, analisando o Contrato de Prestação de Serviços e outras Avenças firmado pelo Banco do Estado do Ceará e o Estado do Ceará, não realçado qualquer ressalva:

Acórdão 1444/2005 - Plenário

Número Interno do Documento AC-1444-35/05-P

Ementa

ACOMPANHAMENTO. APROVAÇÃO DOS QUATRO PRIMEIROS ESTÁGIOS DE PRIVATIZAÇÃO DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ. DETERMINAÇÃO.

1. Aprovam-se, por inexistência de irregularidades e em face do cumprimento de todas as determinações anteriores, os quatro primeiros estágios do processo de privatização objeto deste acompanhamento.

2. A persistência de questões que demandam um melhor equacionamento, apesar de não serem aptas a ocasionar a suspensão ou o adiamento do leilão, são objeto de de-

terminação ao Banco Central.

Grupo/Classe/Colegiado Grupo I / Classe VII / Plenário

Processo 016.722/2000-7

Natureza Acompanhamento do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará S. A. - BEC

Entidade Entidades: Banco do Estado do Ceará S.A. e Banco Central do Brasil

Vinculação Ministério da Fazenda

Interessados

Conselho Nacional de Desestatização - CND, Conselho

Monetário Nacional - CMN, Banco do Estado do Ceará - BEC e Banco Central do Brasil - Bacen

Sumário

Acompanhamento do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará S. A. - BEC. Apreciação dos quatro primeiros estágios. Exame dos relatórios de avaliação econômica encaminhados pelo Banco Central do Brasil - Bacen. Falhas que não invalidam essa avaliação. Aprovação desses estágios. Recomendação. Determinação. Remessa de cópias do Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentaram, ao Ministro da Fazenda, ao Conselho Monetário Nacional, ao Conselho Nacional de Desestatização, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, ao Banco Central do Brasil, à Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e ao Deputado Estadual do Ceará José Nelson Martins de Souza. Restituição dos autos à Sefid para que seja dada continuidade ao acompanhamento

Assunto Acompanhamento do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará S. A. - BEC

Ministro Relator BENJAMIN ZYMLER

Unidade Técnica SEFID - Sec. de Fiscalização de Desestatização

Relatório do Ministro Relator

## 1. INTRODUÇÃO

Trata-se do acompanhamento do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará S.A. - BEC. Aprecia-se desta feita os documentos referentes aos quatro primeiro estágios de que cuida a IN/TCU nº 27/1998.

2. De acordo com o art. 2º da Instrução Normativa TCU nº 27/1998, a fiscalização dos processos de privatização ocorre em cinco estágios. A instrução relativa ao primeiro está-

gio encontra-se às fls. 35 a 50 e contemplou a análise das razões e fundamentação legal da proposta de privatização, além da regularidade do Recibo de Depósito de Ações, em conformidade com o § 2º do art. 9º da Lei nº 9.491/1997, do mandato que outorga poderes específicos ao gestor para praticar todos os atos inerentes e necessários à privatização e do edital de licitação para contratação dos serviços de consultoria referidos no art. 31 do Decreto nº 2.594/1998. Após analisar os documentos às fls. 11, 13, 69 e 70 do volume principal; 95 do vol. I; 124 a 155 do vol. 2; 3 a 37 do vol. 3 e 2 a 52 do vol. 17, a Sefid propôs a aprovação do primeiro estágio à fl. 42.

3. O segundo estágio aborda a contratação dos consultores responsáveis pela avaliação econômico-financeira, da auditoria externa independente e de outros serviços especializados que se fizerem necessários à execução da desestatização em curso. Com esse intuito, foram analisados os respectivos processos licitatórios (vol. 32 a 43), tendo a Sefid concluído pela aprovação desse estágio (fl. 73).

4. O leilão de privatização do BEC, previsto originalmente para ocorrer em 18.7.2002 (fl. 58 do vol. 58), foi adiado diversas vezes até que, em 23.12.2002, o Edital de Venda e todos os Comunicados Relevantes a ele referentes foram revogados (fl. 153), implicando o adiamento *sine die* do certame. Ainda assim, a Sefid optou por prosseguir na análise dos documentos encaminhados com vistas a corrigir eventuais falhas e inconsistências, cuja repetição poderia ser evitada nas próximas avaliações (fls. 154 a 184). Em 5.2.2003, este Plenário prolatou o Acórdão 70/2003, por meio do qual foi determinado ao Bacen que:

“9.1.1. sejam realizadas novas avaliações do Banco do Estado do Ceará, considerando o lapso de tempo transcorrido entre a avaliação realizada e a data em que deverá ser realizado o leilão;

(...)

9.1.2.1. a projeção do fluxo de caixa só deverá ser encerrada quando ele estiver estabilizado, considerando não ser possível estimar com segurança a perpetuidade antes disso. Adicionalmente, a taxa de crescimento da perpetuidade deverá ser estimada a partir da taxa de crescimento do fluxo estabilizado;

(...)

9.1.2.6. o Serviço B deverá levantar a posição de cada uma das ações judiciais em que o banco seja parte ou tenha interesse, descrevendo cada litígio e registrando sua probabilidade de êxito e seu valor presente. Em conformidade com o disposto no contrato de prestação de serviços, a análise dessas ações deverá ser individualizada e exaustiva, sendo vedada a utilização de amostragem. Da mesma forma, não poderão ser utilizadas hipóteses genéricas, como, por exemplo, considerar iguais todos os salários ou valores demandados;

(...)

9.1.3. instaure procedimento administrativo visando definir se ocorreu omissão no fornecimento ao Serviço B dos dados relativos às ações judiciais em que o BEC era parte ou tinha interesse. Referida omissão, caso tenha ocorrido, viola o disposto no art. 20 da Lei nº 9.491/1997 e sujeita os responsáveis às penalidades previstas no citado diploma legal;”

5. O Banco Central encaminhou, por intermédio dos ofícios GEDES-2005/077 e GEDES-2005/080 (fls. 411 e 413, Vol. 78 - seqüência do principal), novos relatórios de avaliação econômico-financeira do BEC, que foram elaborados, respectivamente, pelo consórcio Deloitte/Trevisan/Souza Campos/Zalberg (Serviço B) e pela KPMG Corporate Finance (Serviço A). Assim, foi cumprida a determinação constante do item 9.1.1 do Acórdão acima transcrito no essencial.

6. A determinação contida no item 9.1.2.1 do Acórdão sob comento também foi cumprida, como se verá no decorrer deste relatório.

7. Os relatórios atualizados de auditoria jurídica (anexos 3 e 5) analisam de forma individualizada todas as ações judiciais, inclusive as trabalhistas, em que o Banco é parte ou tem interesse. Verificou-se também que o Consórcio responsável pela auditoria jurídica não fez uso de amostragem para quantificar os passivos judiciais. Dessa forma, foi cumprida a determinação contida no item 9.1.2.6 do Acórdão 70/2003 - Plenário.

8. Foi instaurado procedimento administrativo tempestivo visando apurar suposta omissão no fornecimento ao Serviço B dos dados referentes às ações judiciais em que o BEC era parte ou tinha interesse (Ofícios GEDES 2003/54 e 55 – fls. 45 e 46 do volume 76). Logo, foi cumprida a



determinação constante do item 9.1.3 do Acórdão em questão.

9. O Presidente em exercício do BEC, por meio do Ofício PRESI nº 2003/30 (fls. 53 a 57 do volume 76), esclareceu que o Banco não se negou a fornecer as informações solicitadas pelo Serviço B, tendo apresentado cópias da correspondência encaminhada para atender às solicitações daquele Serviço (fls. 58 a 77 do vol. 76).

10. O responsável pelo Serviço B alegou que (fls. 49 e 50 do vol. 76 e 265 a 268 do vol. 77):

“a) estipulou o dia 27.6.2002 como data final para recebimento e processamento das informações necessárias para elaborar o Relatório de Atualização da Auditoria Jurídica; b) como, na data citada, ainda não tinham sido fornecidos os dados necessários para o cálculo do passivo trabalhista, foi utilizado o salário de reclamantes que exerciam funções similares no mesmo período. Considerando que o período reclamado e o objeto da ação eram idênticos, os resultados apresentados na estimativa eram iguais; c) em 3.7.2002, foram recebidas as informações necessárias para a conclusão do Relatório de Atualização de Auditoria Jurídica. Por precaução, calculou-se o impacto dessas novas informações sobre o passivo do BEC; d) a diferença apurada foi de apenas R\$ 93.622,97 (noventa e três mil, seiscentos e vinte e dois reais e noventa e sete centavos), correspondentes a apenas 0,048% do total dos passivos apurados, uma diferença aceitável em trabalhos de avaliação de passivos; e) se esse valor fosse considerado naquela oportunidade, seria necessário elaborar novo Relatório de Avaliação Econômica, atrasando ainda mais o processo de desestatização;”

11. O Banco Central examinou as justificativas apresentadas pelo BEC e pelo Consórcio encarregado da avaliação jurídica e concluiu que (fls. 269 a 272 do volume 77):

a) o BEC atendeu a todas as demandas do Consórcio Deloitte no que diz respeito às pendências de natureza trabalhista, o que afasta eventual omissão daquela instituição;

b) o Consórcio Deloitte estabeleceu o dia 27.6.2002 para recebimento de informações, que foram encaminhadas em 3.7.2002 e como os valores enviados não eram relevantes, do ponto de vista de alterar os já eleitos pelo Consórcio,

resolveu desconsiderá-los em razão do prazo para preparar e entregar os relatórios;

c) o procedimento adotado pelo Consórcio Deloitte difere daquele verificado no caso da privatização do Banco do Estado do Amazonas no qual foi utilizada amostra para avaliação dos passivos e ativos contingentes;

d) considerando que as informações prestadas pelo BEC e pelo Consórcio Deloitte são satisfatórias e que não houve risco ou prejuízo para o processo, não houve omissão do BEC na entrega das informações solicitadas pelo Consórcio Deloitte. Logo, não foi aplicada punição ao referido Consórcio (fls. 269 a 272 e 276).

12. Diante das informações apresentadas pelo BEC e pelo Consórcio Deloitte e considerando que os novos trabalhos de avaliação jurídica analisam de forma individualizada todas as ações judiciais, não apresentando as falhas detectadas anteriormente, a Sefid entendeu que foi adequada a decisão do Banco Central de não punir o Consórcio Deloitte e de isentar o BEC de responsabilidade na entrega das informações necessárias ao trabalho de auditoria jurídica.

## 2. BREVE HISTÓRICO DO BANCO

13. O Banco do Estado do Ceará S.A. - BEC foi criado pela Lei nº 6.082, de 8.11.1962, sendo autorizado a funcionar pela Carta Patente nº I - 361, da Diretoria das Rendas Internas, do Ministério da Fazenda e tendo iniciado suas atividades em 23.6.1964.

14. Fundado com o objetivo de realizar todas as operações bancárias e de crédito permitidas em lei, além de prestar assistência financeira com intuito de alavancar o desenvolvimento econômico e social do Estado do Ceará, foi transformado em banco múltiplo em decorrência de um processo de reestruturação administrativa iniciado em 1987.

15. Em 1999, como parte do processo de saneamento, o Estado do Ceará adquiriu, com recursos financiados pela União, todos os créditos referentes às carteiras imobiliárias, comercial – pessoa jurídica, rural e de desenvolvimento e infra-estrutura. Assim, o banco passou a operar basicamente com o segmento de pessoas físicas, em especial funcionários públicos estaduais e municipais.

16. Ainda, em 1999, o BEC teve seu processo de federalização concluído, passando a ser controlado pela União como parte do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados - PROES. Referido programa

foi regulamentado pela Lei nº 9.496, de 11.9.1997, que incentivou a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária.

17. Atualmente, o Estatuto Social do BEC o define como instituição financeira múltipla, organizada sob a forma de sociedade anônima aberta, de economia mista, com sede e foro em Fortaleza. Seu objeto social é a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (comercial, de desenvolvimento, de crédito, financiamento e investimento), inclusive câmbio e administração de valores mobiliários, de acordo com as normas legais e regulamentares em vigor.

### 3. DADOS GERAIS DO BANCO

18. Em 31.3.2005, o BEC contava com 70 agências (25 na capital, 44 no interior do Ceará e 1 em Brasília), 14 postos de atendimento bancário e 118 postos de atendimento eletrônico. Todas as agências e postos de serviço estão interligados e automatizados. O BEC possui forte presença tanto na capital, quanto no interior, sendo superado apenas pelo Banco do Brasil. A presença no interior resulta da estratégia de capilarização do atendimento do Banco e visa atender principalmente às necessidades do governo estadual.

19. Em virtude das características econômicas do Estado do Ceará, a concentração das operações nas agências da capital é elevada (59% das operações de crédito, 78% das captações de depósitos, 60% das contas correntes ativas e 72% do resultado).

20. O BEC detém o controle acionário (99,997 % das cotas) da BEC Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários - BEC DTVM. Até dezembro de 2003, o BEC recebia um taxa de administração de 8%. A partir dessa data, essa taxa caiu para 0,2% a.a.

21. A partir do segundo semestre de 1999, o BEC mudou sua política operacional, passando a dar ênfase aos créditos comerciais para pessoas físicas, mais precisamente, para o funcionalismo público. Tal mudança decorreu do processo de saneamento, iniciado em 1998 com a assinatura do Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações (fl. 32 do Anexo 7). Os empréstimos a pessoas físicas respondem pela maioria das operações ativas, sendo realizados sob a forma de crédito consignado em folha de pagamento, o que reduz significativamente

o risco de inadimplência. Em dezembro de 2004, do total de R\$ 212.479 mil registrados em operações de crédito, 91,2% estavam relacionados a pessoas físicas, notadamente, funcionários públicos estaduais e municipais e aposentados do INSS.

22. Seus principais produtos são: empréstimo consignável para pessoas físicas, crédito rotativo, cheque especial, antecipação da restituição do imposto de renda de pessoa física, antecipação do 13º salário e crédito para aposentados. Os serviços prestados pelo BEC: são pagamento ao funcionalismo público, aos aposentados e pensionistas e aos fornecedores do Estado; arrecadação dos impostos estaduais; recebimento de recursos com base em convênios firmados com prefeituras, câmaras municipais e concessionárias de serviço público; arrecadação de impostos e contribuições federais e arrecadação e pagamentos em nome do INSS. Além disso, o banco vende seguros e títulos de capitalização de terceiros.

23. Com uma base de cerca de 265.018 clientes ativos em dezembro de 2004 (contas de depósito à vista e de poupança), a grande maioria servidores públicos, o BEC tem como principal fonte de captação a poupança. Entre 2000 e 2004, essa modalidade foi responsável por cerca de 70,6% do total de captações do Banco.

24. A carteira de ativos do Banco retrata as mudanças efetuadas desde o início do processo de saneamento. Em virtude da alienação das carteiras de crédito para o Estado do Ceará e do aporte de recursos para aumento de capital, o BEC passou a destinar a maioria de seus recursos para títulos públicos federais, que representavam 69,1% dos ativos totais do Banco, em dezembro de 2004.

25. O BEC vem apresentando resultados positivos desde 2000. A receita total do banco cresceu 68% entre 2000 e 2004, correspondendo a um crescimento médio de 14% ao ano. Cabe destacar que as receitas provenientes das operações com títulos e valores mobiliários tiveram um crescimento, em 2003, de 65%. Diante disso, seu Patrimônio Líquido apresentou um crescimento médio anual de 30% entre 2000 e 2004.

26. Em 2004, em função da redução das taxas de juros, a receita total do BEC apresentou diminuição de 11%. Esse fato aliado ao aumento das despesas operacionais reduziu o Retorno sobre o Patrimônio Líquido para 18,5%, per-

centual inferior ao verificado nos anos anteriores.

27. Nos últimos oito anos, o quadro de funcionários do BEC foi reduzido em cerca de 40%, passando de 2.192 empregados, em janeiro de 1997, para 866, em 31.3.2005. A média de funcionários por agência no BEC é de 14 na capital e 4 funcionários no interior

#### 4. TERCEIRO ESTÁGIO DO ACOMPANHAMENTO

28. Nesse estágio, o escopo do trabalho é a análise dos relatórios de avaliação econômico-financeira e dos demais documentos que subsidiam essa avaliação, tal como determina o art. 2º, III, da Instrução Normativa TCU nº 27/1998. São examinadas as principais premissas, os ajustes e as contingências consideradas pelos consultores para estimar o valor econômico do BEC e os fluxos de caixa projetados.

29. Tais avaliações foram elaboradas nos moldes do art. 31 do Decreto n.º 2.594, de 15.5.1998, tendo sido encaminhadas ao TCU pelos dois consórcios de consultores:

Serviço B - consórcio formado por Deloitte Touche Tohmatsu, Trevisan Auditores, Souza Campos Advogados S/C e Zalberg Advogados Associados, compondo os anexos 6 (Sumário Executivo) e 7 (Relatório Final); e

Serviço A - KPMG Corporate Finance, compondo os anexos 8 (Sumário Executivo) e 9 (Relatório Final).

30. Com vistas a subsidiar a análise dessas avaliações, foi realizada diligência ao Banco Central do Brasil, responsável pelo processo de alienação das ações do BEC (fls. 473 a 479 do vol. 78 – seqüência 2 do principal), e houve troca de mensagens eletrônicas e reuniões com a participação dos consultores e do Banco Central. Os questionamentos contidos nessa diligência, bem como as respectivas respostas, serão analisados em detalhe ao longo dessa instrução.

##### 4.1 Método de fixação do preço mínimo

31. Para estimar o valor econômico do BEC, nos termos do art. 30 do Decreto nº 2.594, de 15.05.1998, os serviços de consultoria utilizaram o Método do Fluxo de Caixa Descontado, além de outros métodos subsidiários para efeito de comparação, como o Método dos Múltiplos de Mercado e de Transações Comparáveis.

32. O Método do Fluxo de Caixa Descontado consiste em projetar as operações da empresa dentro de um horizonte determinado, calcular a geração de caixa e trazê-la a valor

presente aplicando uma taxa de desconto apropriada. Cabe destacar que os dois serviços trabalharam com valores expressos em moeda constante.

33. A taxa de desconto reflete, no caso de avaliação de bancos, apenas o custo do capital próprio do acionista. No caso sob enfoque, esse custo será avaliado por intermédio do método Capital Asset Pricing Model - CAPM, internacionalmente utilizado para esse tipo de avaliação.

#### 4.2 Método de cálculo

34. Os dois consultores calcularam o valor presente do Sistema BEC (banco múltiplo e distribuidora de títulos e valores mobiliários), a partir da projeção do balanço consolidado, tendo sido adotada a seguinte metodologia:

a) o fluxo de caixa foi projetado para o período de 2005 a 2014, tendo sido o período de projeção estendido até 2019 e 2023 para os serviços A e B, respectivamente, visando à sua estabilização. Após esse período, estimou-se um crescimento constante para o cálculo da perpetuidade, em conformidade com determinação exarada ao Banco Central por meio dos itens 9.1.2.1. do Acórdão 70/2003 - Plenário e 9.3.2 do Acórdão 73/2004 - Plenário;

b) a taxa de desconto foi determinada com base no modelo Capital Asset Pricing Model - CAPM; e

c) o resultado da avaliação econômico-financeira gerou o valor presente líquido do fluxo de caixa projetado, descontado às taxas adotadas pelos consultores, o qual foi somado aos ajustes econômicos apurados pelo Serviço B, sendo os valores expressos em moeda nacional na data-base de 31.12.2004;

d) ambos os consórcios avaliadores utilizaram as seguintes premissas: valores projetados em moeda constante - R\$; saída da conta única do Estado em 2010; manutenção do contrato de prestação de serviços com o Estado e dos depósitos do funcionalismo público até 2010 e elaboração de demonstrações contábeis em conformidade com o plano de contas para o sistema financeiro (COSIF), o que facilitou a comparação dos dois trabalhos e a análise da consistência interna das planilhas enviadas pelos consórcios. Ressalte-se que essa elaboração de demonstrações contábeis decorreu de determinação prolatada pelo TCU por ocasião da análise da privatização do BANESPA.

#### 4.3 Cálculo da taxa de desconto

35. A determinação da taxa de desconto é uma etapa fun-

damental da avaliação econômica. Ela reflete aspectos de natureza subjetiva e variável, que variam de investidor para investidor, tais como o custo de oportunidade e a percepção particular do risco do investimento.

36. O custo do capital próprio para os acionistas (CAPM), utilizado como parâmetro para calcular a taxa de desconto, foi calculado de acordo com a seguinte fórmula:

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

onde:

$K_e$  = Custo do capital próprio;

$R_f$  = Taxa média livre de risco;

$\beta$  = Beta;

$E[R_m]$  = Retorno médio de longo prazo obtido no mercado acionário norte-americano;

$E[R_m] - R_f$  = Prêmio de risco de mercado para o mercado acionário - longo prazo;

$R_b$  = Risco associado ao Brasil (risco país);

$I_a$  = Inflação de longo prazo nos Estados Unidos;

$RP$  = Risco pelo porte da Empresa.

37. A Tabela 1 abaixo lista os elementos considerados pelos consultores.

Tabela 1 - Elementos formadores da taxa de desconto (custo de capital próprio)

VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

38. O Serviço A estimou o risco Brasil como o diferencial da taxa de rendimento de um título da dívida brasileira, o Global-Bond 27, com vencimento em 15/5/2027, em relação à taxa de rendimento do título americano T-Bond nos últimos dois anos, obtendo, para o risco Brasil o valor 9,51%.

39. Tendo em vista a relevância do risco Brasil na composição da taxa de desconto, foi efetuada diligência ao Banco Central, com o intuito de receber o detalhamento dos cálculos realizados pelo consultores para estimar o valor desse risco.

40. Os consórcios incorporaram à taxa de desconto um outro risco, não medido pelo coeficiente beta, que representa o retorno adicional exigido pelo investidor por incorrer no risco de investir em uma empresa menor do que as consideradas para a formação do índice "Standard & Poor's 500" (cálculo baseado nos critérios estabelecidos pelo Ibbotson Associates e ajustados a parâmetros nacionais).

4.4 Projeção dos itens que compõem o fluxo de caixa do

## BEC

41. O Serviço A projeta o crescimento do PIB do Estado do Ceará igual ao do PIB do país, ou seja, 3,6% a.a. Já o Serviço B contempla um crescimento do PIB do Ceará de 4,9% a.a.

42. A projeção da SELIC real do Serviço A parte de 10,82% a.a. em 2005 seguindo uma trajetória decrescente até 2010, quando estabiliza em 7,75% a.a. Para o Serviço B, a SELIC vai de 10,7% a.a. em 2005 estabilizando-se a partir de 2010 no patamar de 4,8% a.a.

43. O IPCA projetado pelo Serviço A parte de 6,31% em 2005, decrescendo até 2008, quando estabiliza em 4,60%. Para o Serviço B, o IPCA parte de 6,1% em 2005, estabilizando-se em 2009 no nível de 4,0%.

44. O Serviço B projetou um crescimento médio de 9,8% a.a. para o Ativo Total do BEC. Ressalte-se a existência de uma retração temporária em 2011, a qual decorreria do término da vigência do contrato de prestação de serviços financeiros firmado pelo Ceará e pelo BEC (fls. 282 a 296 do vol. 77). Em seguida, o Ativo Total retomaria seu crescimento até o final da projeção. Da mesma forma, o Serviço A projetou o Ativo Total com média de crescimento de 7,5% a.a, antecipando o efeito do referido encerramento do contrato para 2010. A partir de 2011, o Ativo Total projetado pelo Serviço A retoma o crescimento, porém com uma taxa média menor do que a do Serviço B, conforme mostrado no Gráfico 1.

Gráfico 1: Projeção do Ativo Total

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

45. A Tabela 2, abaixo, mostra a composição do Ativo Total do BEC, projetado pelos serviços A e B. Verifica-se que as diferentes premissas adotadas pelos serviços, principalmente em relação à projeção do índice de Basileia e ao patamar dos depósitos compulsórios, levam a diferentes composições do Ativo Total em 2019.

46. O Serviço A, ao prever uma redução gradual tanto do índice de Basileia, quanto dos depósitos compulsórios, altera o foco das operações do BEC de TVM para operações de crédito, mantendo estável o montante relativo às Relações Interfinanceiras.

47. Já o Serviço B prevê que o índice de Basileia mantém-se constante em 18,6% e que o patamar dos depósitos compulsórios permanece inalterado, projeta uma distribui-



ção igualitária das aplicações do BEC entre TVM e operações de crédito.

Tabela 2: Composição do Ativo Total dos serviços A e B  
VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

48. Em relação aos Passivos Circulante e Exigível a Longo Prazo, a projeção segue praticamente a mesma tendência do Ativo Total, com taxas médias de crescimento ligeiramente inferiores àquelas do Ativo. Enquanto, o Serviço B projetou uma taxa média de crescimento de 9,6% a.a, o Serviço A projetou 7,3% a.a. Em ambos os serviços, a diferença na taxa média de crescimento entre Ativo Total e Passivo é de 0,2 pontos percentuais.

Gráfico 2: Projeção do Passivo Circulante e Exigível a Longo Prazo

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

49. O Serviço A projetou uma queda no Passivo de 23,9%, em 2010, em função do encerramento do contrato de prestação de serviços financeiros firmado pelo Ceará e pelo BEC, enquanto o Serviço B, pelo mesmo motivo, projetou uma redução do Passivo de 8,7%, em 2011.

50. Na Tabela 3, é apresentado o Passivo do BEC em 2005 e em 2019. O Serviço B projetou o incremento das captações, principalmente, dos depósitos a prazo, mantendo a distribuição proporcional entre depósitos à vista e poupança. Já o Serviço A estabeleceu, como principal fonte de captação, os depósitos em poupança.

Tabela 3: Projeção da Composição do Passivo em 2019  
VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

51. O Serviço A projetou um crescimento do PL até 2010, seguindo constante, a partir daí, até o final da projeção. A taxa média de crescimento do PL é de 10,9%. Já o Serviço B projetou um crescimento gradual do PL, exceto em 2010 e 2011, refletindo os efeitos da redução do Ativo e do Passivo decorrente do término do multicitado contrato de prestação de serviços financeiros. Nesse caso, a taxa média de crescimento do PL é de 13,5%.

Gráfico 3: Projeção do Patrimônio Líquido do BEC  
VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

52. Os Serviços A e B utilizaram premissas distintas para projetar o Patrimônio mínimo exigido em relação ao capital de risco. O Serviço B partiu da hipótese de que o BEC manterá sua relação patrimônio/capital de risco, seguindo a média de uma amostra de bancos de varejo nacional (fl.

132 do anexo 7). Assim, o índice de Basileia permanece constante, durante todo o período, em 18,6%. Já o Serviço A considerou que o índice de Basileia varia durante a projeção, alcançando 27,78% em 2010 e sendo reduzido até 16,7% em 2019.

53. O Resultado de Intermediação Financeira, principal fonte de recursos próprios durante a projeção das operações do BEC, segue crescente para o Serviço A até 2009 e para o Serviço B até 2010. O impacto da perda da conta única do estado e da carteira de clientes do funcionalismo estadual é maior na projeção do Serviço A, conforme demonstra o Gráfico 5. Assim, no Serviço A, o Resultado da Intermediação Financeira cai em 2010 e 2011, respectivamente, 9,7% a.a e 15,5% a.a. A partir de 2012, o Resultado de Intermediação Financeira volta a crescer, até o final da projeção, numa média de 3,6% ao ano. No Serviço B, o referido impacto reduz o Resultado da Intermediação Financeira em 1,9% e 12,7%, respectivamente, em 2011 e 2012. Gráfico 4: Projeção do Resultado de Intermediação Financeira

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

54. O Serviço A previu um crescimento médio de 22,6% ao ano da Receita de Prestação de Serviço, enquanto o Serviço B, mais conservador nas suas premissas, previu um crescimento médio de 5,5% ao ano. O término do contrato de prestação de serviços financeiros ao Estado e da conta-salário do funcionalismo estadual geram queda nesse tipo de receita. O Serviço A previu uma retração na Receita de Prestação de Serviço, em 2010, de 21,1%, enquanto o Serviço B estimou essa redução em 31,3% em 2011, conforme mostra o gráfico 6. A Receita de Prestação de Serviço retoma o crescimento em ambas as projeções a partir de 2012 até o final do período de projeção.

Gráfico 5: Projeção da Receita de Prestação de Serviços  
VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

55. As Despesas Operacionais crescem às taxas médias de 2,6% e 1,9% ao ano, respectivamente, nas projeções dos Serviços A e B. Em relação às Despesas Administrativas, o Serviço B projetou uma taxa de crescimento média de 3,3% a.a. Por sua vez, o Serviço A projetou uma taxa de crescimento média de 2,2% a.a. para essas despesas.

Gráfico 6: Projeção das Despesas Administrativas

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

56. O Serviço B calculou o valor presente do fluxo de caixa do BEC em R\$ 172.029 mil, o valor da perpetuidade em R\$ 35.591 mil e os ajustes econômicos em R\$ 368.954 mil, resultando em um valor total de R\$ 576.574 mil. Por seu turno, o Serviço A calculou o valor presente do fluxo de caixa em R\$ 125.899 mil, o valor da perpetuidade em R\$ 63.057 mil e os ajustes econômicos em R\$ 373.164 mil, resultando em um valor total de R\$ 562.120 mil.

Gráfico 7: Estimativa dos Valores Presentes do Fluxo de Caixa e da Perpetuidade

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

Gráfico 8 - Valor presente dos fluxos anuais - Serviços A e B (R\$ mil em 31/12/04)

VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL

Tabela 4: Valor Econômico do BEC

VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

4.5 Questões relevantes identificadas - Serviço A

**57. O BEC e o Estado do Ceará, tomando por base as disposições da Lei nº 8.666/1993 e da Medida Provisória nº 2.192-70, firmaram, em 28.2.2005, contrato de Prestação de Serviços e outras avenças, tendo por objeto a prestação, pelo BEC ao Estado, dos seguintes serviços: administração da conta única do Estado; pagamento a fornecedores do Estado; pagamento de remuneração de servidores do Estado; administração do fundo de desenvolvimento industrial (FDI) do Estado e a administração e custódia dos títulos públicos federais adquiridos pelo Estado para eventual recompra das operações de crédito rural securitizadas.**

**58. A vigência desse contrato é de 5 anos contados a partir da data do leilão de venda do banco, ficando limitada a 31.12.2010, ressalvadas as cláusulas que prevejam expressamente prazos superiores (Cláusula trigésima segunda – fls. 282 a 296 do volume 77 – seqüência do principal).**

**59. Ao final deste ajuste inicial, o Serviço A assumiu como premissa a extinção definitiva do contrato, ficando o Estado, a partir do fim de sua vigência, liberado para transferir a prestação destes serviços para outra instituição financeira e, relativamente aos servidores do Estado, liberá-los para escolherem a insti-**

tuição financeira que melhor lhes convier. A Sefid formulou questionamento aos consultores quanto à fundamentação dos seus estudos (fls. 480 e 481). Em sua resposta (fls. 594 e 595), eles informaram ter considerado um nível de fidelização de 27% do total de servidores públicos após o término de vigência do contrato. Esse percentual equívale, aproximadamente, ao volume de servidores públicos com renda superior a R\$ 500,00 (quinhentos reais), os quais, possivelmente, manterão conta corrente no BEC. Os consultores destacaram, contudo, que a elaboração dessa premissa resultou de julgamento subjetivo, uma vez que não existem parâmetros de mercado disponíveis. Aduziram que não haverá repactuação do contrato, em função da sua vigência predeterminada, e que os serviços serão licitados pelo Estado em 2010.

60. O julgamento da razoabilidade dessas premissas necessitaria de informações detalhadas sobre a quantidade e o perfil dos clientes servidores públicos que permaneceram nos bancos privatizados após o término da vigência do contrato de prestação de serviço. Contudo, nesse caso, a Sefid entendeu ser válida a argumentação de que 63% dos clientes pessoas físicas servidores do Estado, que tem renda inferior a R\$ 500,00, provavelmente não terão condições de manter conta em mais de um banco após o prazo final do contrato de prestação de serviço.

61. Foram solicitados esclarecimentos quanto à utilização apenas do período de 2004 para estimar o prêmio de risco (fl. 10 do anexo 9), haja vista que o período utilizado para esse cálculo geralmente é longo, visando atenuar possíveis oscilações do mercado acionário.

62. Conforme os consultores (fl. 595), havia um erro na referência ao período de cálculo, o qual já foi corrigido. Afinal, utilizou-se a média entre o prêmio de risco do mercado acionário de longo prazo (1928 a 2004), equivalente a 4,84%, e o do mercado acionário de médio prazo (1994 a 2004), equivalente a 4,51%. A unidade técnica considerou satisfatórios os esclarecimentos apresentados pelos consultores.

63. Na definição do valor do prêmio pelo tamanho da empresa realizada pelo Serviço A não estavam cla-

ros os parâmetros utilizados para classificar o BEC como low-cap company nem quais foram os ajustes necessários para adaptar esses parâmetros à realidade brasileira. Em resposta aos questionamentos, os consultores explicaram ter adotado o prêmio de low-cap company divulgado pela Ibbotson Associates para o período de 2003. O enquadramento como low-cap deu-se em razão do patrimônio líquido e do valor de mercado do BEC situar-se em valores intermediários entre instituições de pequeno e médio porte do mercado acionário brasileiro (fl. 595).

64. A adaptação à realidade brasileira foi feita considerando-se que os valores de mercado em dólares da classificação Ibbotson corresponderiam aos valores em reais. Dessa forma, o Ibbotson classifica como low capitalization as empresas com valor de mercado situado entre US\$ 331 milhões e US\$ 1.167 milhões. Pelo critério adotado, seriam consideradas como low capitalization as empresas cujo valor de mercado esteja situado entre R\$ 331 milhões e R\$ 1.167 milhões, intervalo esse no qual o BEC se encontra (fl. 595).

65. A Sefid alertou para a possibilidade de o risco associado ao tamanho da empresa estar sendo computado em duplicidade na fórmula do CAPM, pois o beta utilizado pelos consultores foi calculado com base em uma amostra de 14 bancos norte-americanos de atuação regional (fl. 10 do anexo 9). Questionados a respeito, os consultores esclareceram que os bancos de atuação regional considerados são substancialmente maiores que o BEC, apresentando patrimônio líquido superior a US\$ 2 bilhões (fl. 596). Assim, o beta desses bancos não estaria capturando o prêmio associado ao tamanho. Diante desses argumentos, a unidade técnica entendeu que a análise empreendida pelos consultores é coerente.

66. O risco país, calculado pela diferença entre as taxas do Global-Bond 27 e do T-Bond nos últimos 5 anos, atingiu 8,48%. A Sefid alertou aos consultores que, no período anterior às eleições presidenciais de 2002, o risco país sofreu uma elevação significativa, atingindo patamares muito superiores aos observa-

dos desde 1996, e que após 2002 a curva de risco país sofreu queda. Com espeque nessas considerações, os consultores refizeram suas análises de risco país dando um tratamento estatístico para o segundo semestre de 2002, do qual resultou o valor de 7,56% (redução de 0,92%).

67. Ao comparar os balanços de partida utilizados pelos consultores com aqueles divulgados pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Bacen, foram observadas divergências nos valores do ativo total e do lucro líquido (fl. 477). Indagados a respeito, os consultores esclareceram ter adotado como ponto de partida para suas projeções os demonstrativos contábeis de 2004 recebidos do Serviço B. Assim, eventuais diferenças encontradas poderiam ser provenientes de ajustes efetuados por aquele Serviço. Aduziram que a determinação do valor dos ajustes não faz parte do escopo de trabalho do Serviço A.

68. Após ter constatado que a diferença de R\$ 18.550 mil no demonstrativo de resultado devia-se ao pagamento de juros sobre o capital próprio, a unidade técnica considerou satisfatórios os esclarecimentos apresentados pelos consultores.

69. Constatou-se que, no Balanço Patrimonial projetado, não foi contemplado o saldo final dos depósitos de poupança de órgãos estatais, mas somente aqueles de pessoas físicas e jurídicas (fl. 600). Em sua resposta, os consultores admitiram o equívoco e efetuaram os respectivos ajustes e correções na planilha de cálculo e na composição de preço (fl. 601).

70. Verificou-se também que o número de contas correntes de órgãos estatais mantinha-se constante após o ano de 2010, quando ocorre o término da vigência do contrato de prestação de serviços celebrado com o Estado. Alertados pela Sefid, os consultores procederam aos ajustes necessários, reduzindo o número de contas de órgãos estatais a partir de 2009.

71. Os níveis projetados para o índice de Basiléia foram considerados muito conservadores pela Sefid. O indicador parte de 19,06% em 2006, atingindo 20,81% em 2010 e termina em 18,39% em 2019. O comportamento do indicador parecia incoerente com a projeção de crescimento na participação relativa das ope-

rações de crédito e com a redução da participação relativa de títulos e valores mobiliários - TVM. A unidade técnica considerava razoável, dadas as premissas e os cenários utilizados pelo Serviço A, que o indicador sofresse uma queda, como resultado da participação crescente de ativos com percentuais de risco superiores àqueles dos Títulos e Valores Mobiliários e das aplicações no interbancário. Essa premissa seria reforçada pela projeção de redução das taxas de juros SELIC, o que acarreta a pouca atratividade do mercado de TVM.

72. No entanto, os consultores argumentaram que, em seu modelo de projeção, o índice de Basiléia é obtido por meio da distribuição de lucros aos acionistas, limitada ao resultado das contas “caixa”, “imobilização do patrimônio líquido” e “excesso (ou deficiência) de Basiléia”. Assim, após discussões em conjunto, a Sefid considerou satisfatórios os esclarecimentos apresentados pelo Serviço A.

73. A Resolução BACEN nº 3.005/2002, em seu art. 1º, prevê o direcionamento obrigatório de, no mínimo, 65% dos recursos captados por meio de depósitos de poupança para operações de financiamento imobiliário. Os recursos não aplicados nesse tipo de operação de crédito, dentro do limite mínimo de exigibilidade, devem ser compulsoriamente recolhidos ao Banco Central, sendo remunerados por 80% da TR + 6,17% a.a., conforme dispõe a Resolução BACEN nº 3.177/2004.

74. O direcionamento obrigatório dos recursos implica necessariamente prejuízo para a instituição. Sem considerar outros custos do banco, significa captar recursos a TR + 6,17% e aplicar a 80% da TR + 6,17% a.a., resultando uma penalidade de 20% da TR.

75. Os depósitos de poupança no BEC projetados são expressivos, superando R\$ 500 milhões em 2005 e R\$ 1,1 bilhão em 2019. Assim sendo, os valores destinados a financiamento imobiliário variariam de R\$ 37 milhões em 2006 até superar R\$ 727 milhões em 2019. Ocorre que o Serviço A considerou que o BEC não irá operar com carteira imobiliária, preferindo recolher ao Banco Central o saldo da exigibilidade imposta pela citada Resolução BACEN nº 3.005/2002 e

sofrer prejuízo nesta operação (fl. 600). Tendo em vista a expressiva captação por meio da poupança, a Sefid não considerou razoável a premissa. Afinal, a instituição financeira que adquirir o BEC disporá de vários mecanismos para cumprir a exigibilidade imposta pelo Banco Central, sem incorrer no recolhimento compulsório. Dessa forma, esse adquirente buscará alternativas para obter remuneração superior ao custo de captação, principalmente considerando que a exigibilidade média durante o período projetivo superará os R\$ 490 milhões.

76. Questionados, os consultores responderam que não foi projetada a abertura da carteira de crédito imobiliário, em razão dos motivos abaixo enumerados (fls. 809 a 811): necessidade de criação de uma área específica para a gerência desse produto, que atualmente não é operado pelo BEC; altos índices de inadimplência históricos em carteiras desta natureza e spreads reduzidos. Alternativamente, o foco de atuação do banco se voltará para carteiras mais rentáveis, cujos spreads são significativamente superiores aos de uma carteira de crédito imobiliário. Ademais, caso fosse projetada uma carteira de crédito imobiliário para o BEC e se mantivessem constantes as premissas gerais do modelo financeiro, haveria menos recursos para serem aplicados em operações mais rentáveis.

77. Os consultores julgam não ser adequada a alteração das premissas gerais mencionadas acima, as quais não consideram conservadoras, mas adequadas ao modelo adotado. Apesar disso, a Sefid ainda entende que essas premissas são restritivas.

78. Em relação às outras alternativas para cumprir a exigibilidade imposta pelo Banco Central, sem incorrer no recolhimento compulsório, o BACEN esclareceu que o BEC não pode adquirir Letras Hipotecárias (LH) ou de Crédito Imobiliário (LCI), devido à vedação presente na Resolução nº 3.177/2004, art. 3º, que limitou a aquisição de tais títulos ao montante verificado em 9.3.2004 (fl. 810). Segundo informações do BEC, aquela instituição não possuía qualquer montante aplicado nessas Letras no período compreendido entre junho de 1999 e 1º de setembro de 2005 (fl. 807). Adicionalmente, o BACEN informou que a possibili-



dade de transferência da carteira de crédito imobiliário para outra instituição financeira apresenta-se remota, pois há saturação de recursos neste mercado específico, o que levou o Conselho Monetário Nacional - CMN a editar as Resoluções nº 3.259/2005, 3.280/2005, e 3.304/2005.

79. Embora não se possa imputar erro ao Serviço A, a Sefid ressaltou que a premissa adotada poderia gerar um prejuízo bruto a valor presente estimado em mais de R\$ 7 milhões ao BEC, o que impactaria negativamente o valor do banco em quase R\$ 4 milhões. Por essa razão, a unidade técnica entendeu ser oportuno recomendar ao Banco Central que, nas próximas avaliações de instituições financeiras federalizadas, avalie a coerência entre as políticas propostas de captação e aplicação de recursos.

80. O Governo do Estado do Ceará questionou o excessivo conservadorismo das projeções de receitas de prestação de serviços, as quais subestimariam o potencial do BEC nessa área (fl. 453). Os consultores responderam que projetam crescimento significativo na relação entre renda de prestação de serviços e despesas administrativas, partindo de 58% e atingindo 70% em 2019. Aduziram que as características específicas do BEC (operações concentradas no Nordeste, ao contrário das principais instituições financeiras privadas brasileiras, que atuam principalmente na região Sudeste) explicam porque a relação entre as receitas de prestação de serviços e as despesas administrativas do BEC é inferior à média desses bancos (fl. 461). A equipe de auditoria considerou satisfatórios os esclarecimentos apresentados pelos consultores.

#### 4.5 Questões relevantes identificadas - Serviço A

81. Os Serviços A e B adotaram a premissa de dividir o patrimônio líquido inicial do banco em capital excedente e necessário às operações. Ainda de acordo com a metodologia adotada, o preço mínimo de venda é obtido pela soma do capital excedente com o resultado do fluxo de caixa descontado das operações. No caso do Serviço A, o capital excedente, com os devidos ajustes, alcançou a importância de R\$ 330 milhões. Já o Serviço B estimou esse valor em R\$ 332 milhões.

82. Os valores apurados como capital excedente pelos dois avaliadores tomam por referência a data-base de avaliação, dezembro de 2004. Assim sendo, a Sefid entendeu que, enquanto o banco não for vendido, o capital exceden-

te permanece aplicado em títulos públicos federais, sendo corrigido, portanto, pelas respectivas taxas e produzindo rendimentos que são incorporados ao patrimônio do Banco.

83. De acordo com a Secretaria de Fazenda do Estado do Ceará (fl. 452), o Patrimônio Líquido do BEC cresceu R\$ 26,8 milhões entre janeiro a maio de 2005 (Balancete de 31/5/2005). Mantido esse ritmo de crescimento, na data do leilão, o patrimônio líquido do BEC estará cerca de R\$ 48 milhões superior ao da data-base utilizada.

84. O Banco Central apresentou argumentação metodológica (Ofício GEDES nº 2005/164 (fls. 797 a 805), tendo sido coerente ao ponderar que:

“Se os fluxos de caixa fossem ‘descontados’ para uma data de referência mais próxima do leilão, os ajustes deveriam ser ‘atualizados’ para a mesma data, para se manter a coerência dos valores de avaliação. Se isto é verdade, e acreditamos que sim, quando os fluxos de caixa estão a valores da data-base, os ajustes econômicos também necessitam estar nessa data para manter a consistência. (Fl. 798).”

85. No entanto, conforme mencionado pelo Bacen (fls. 799 e 800), a Sefid vem se pronunciando, como no caso da Decisão nº 576/2002 (Privatização do Banco do Estado do Maranhão), no sentido de que o fluxo de caixa projetado deve ter uma data de referência mais próxima da prevista para o leilão. A unidade técnica acrescentou que o Banco Central apresentou justificativas já ventiladas em processos anteriores de privatização de instituições financeiras, quais sejam: dificuldades em precisar a data exata de realização do leilão e que “mudanças metodológicas representariam quebra na isonomia de tratamento, acarretando custo político para a União e potencial perda para os cofres públicos federais”.

86. A metodologia empregada na avaliação dos bancos a serem privatizados vem sendo aprimorada, tendo essa Corte de Contas determinado ao Banco Central a incorporação de fatos relevantes posteriores à data-base fixada. Nesse sentido, o item 8.4 da Decisão nº 14/2002 – Plenário foi vazado nos seguintes termos: “recomendar ao Banco Central do Brasil que verifique a conveniência de adotar as medidas necessárias para minimizar os efeitos decorrentes de eventuais fatos que porventura ocorram após a data-

base da fixação do preço mínimo e antes da venda das Instituições Financeiras federalizadas”.

87. A Corte de Contas também estabeleceu que caso o leilão esteja programado para ocorrer um ano após a data-base deverá haver nova avaliação, como se depreende dos seguintes trechos do Voto condutor do Acórdão 70/2003 - Plenário:

“19. É evidente que a tramitação do processo de privatização traz como consequência natural a existência de certa defasagem entre a data-base da avaliação da entidade a ser alienada e o dia de sua efetiva venda. Entretanto, essa defasagem, para ser aceita, não pode ser significativa a ponto de implicar repercussão relevante no cálculo efetuado. Assim sendo, deve-se verificar a razoabilidade da manutenção do preço mínimo, ante os efeitos do decurso do tempo sobre os cálculos efetuados.

20. Nesse sentido, entendo que um ano, período que será observado na melhor das hipóteses no presente caso, é tempo mais do que suficiente para justificar a revisão do preço mínimo fixado. Frise-se, ainda, que não se está a discutir a conduta dos gestores do processo de privatização que ocasionou a demora na venda. Não se olvida que as tratativas em negócio nessa magnitude, envolvendo interesses políticos de diversos entes federados, demandam certo tempo para chegarem a bom termo. Assim, não se vislumbra culpa dos agentes públicos envolvidos. Contudo, pouco importam os motivos da demora na venda destas ações para o que se discute no momento. A questão é simples, se houve demora na venda que pode causar impacto no valor mínimo das ações, medidas devem ser adotadas para minimizar este efeito.”

88. Ressalte-se que fundamentos de ordem política não são representativos com vistas à fixação de novo preço mínimo de venda, como se observa nos seguintes trechos do Voto condutor da Decisão nº 576/2002 – Plenário:

“30. Cumpre esclarecer, ademais, que os fundamentos de ordem política apresentados pelo BACEN para justificar a não modificação do preço mínimo fixado com base no mês de março de 2001, ainda que se mostrem relevantes, não são suficientes para afastar a busca do justo preço de venda da Instituição Bancária, máxime quando materialmente viável. Assim aponta o princípio que reza pela indisponibilidade do interesse público.

(...)

32. Mostra-se igualmente oportuno que a determinação de compatibilizar a data-base da avaliação com a data prevista do leilão se estenda para as próximas privatizações de bancos federalizados (Santa Catarina, Piauí e Ceará).”

89. Diante do exposto, a Sefid entendeu que, às vésperas do leilão de privatização, não deve ser alterada a metodologia de fixação do preço mínimo e de sua atualização. Entretanto, em face da significativa ocorrência de lapsos de tempo consideráveis entre as datas-base de avaliação e os leilões, a unidade técnica entendeu que o TCU deve determinar ao Banco Central que, nas futuras privatizações, adote procedimentos que possibilitem compatibilizar as datas-base fixadas com as datas estipulada para os leilões de privatização.

90. Questionou-se o serviço B a respeito das premissas relativas à extinção do contrato de prestação de serviços firmado pelo BEC e pelo Ceará (fls. 282 a 296 do vol. 77). Os consultores responderam que (fl. 142 do anexo 7):

“A participação de mercado do BEC sobre o volume de depósitos do Governo do Estado e do funcionalismo público foi considerada como sendo equivalente a 100% para o período considerado de vigência do contrato com o Estado do Ceará. A partir de 2011, a participação do BEC em depósitos do Governo do Estado foi considerada nula. Para os depósitos do funcionalismo, foi considerada uma redução da participação do BEC para 40% em 2011, sendo estabilizada a partir de 2012 em 20%”.

91. Em nota de rodapé, o Serviço B explicou que:

“A manutenção de 20% de participação do BEC nos depósitos do funcionalismo está relacionada à possibilidade de fidelização de clientes por parte do Banco durante o período de vigência do contrato de prestação de serviços com o governo do Estado”.

92. O questionamento baseou-se em dois pontos relevantes, quais sejam a administração de recursos do Estado do Ceará pelo BEC e a manutenção das contas-salário dos servidores do estado naquele banco. Em relação ao primeiro ponto, os consultores projetaram a assunção integral da administração desses recursos por outra instituição financeira – premissa pessimista.

93. O segundo ponto é de grande valia para o estado, tendo em vista que a combinação da prestação dos dois tipos

de serviços exime o Ceará do pagamento ao banco pela administração dos seus recursos. Em outras palavras, a manutenção das contas-salário dos servidores vinculadas à instituição financeira que presta os serviços de administração da conta única do estado representa uma fonte de receita a ser explorada pelo Governo estadual. Esta fonte de receitas foi utilizada com sucesso pelo Governo do Estado de Pernambuco, que licitou os serviços anteriormente prestados pelo Banco do Estado de Pernambuco - Bandepe. Para corroborar tal afirmação, a Sefid transcreveu o seguinte trecho de reportagem publicada na Revista Primeira Leitura (edição nº 39 – maio de 2005 – fls. 7 a 9 do anexo 11):

“Uma inovação que nasceu no Governo do Estado de Pernambuco tem tudo para se transformar em modelo para a administração pública brasileira e fonte considerável de receita para Estados e municípios. Atende por um nome técnico simples: licitação da conta única. Com ela, acabou-se o tempo em que os governos estaduais e prefeitura entregavam de mão beijada a bancos públicos e privados a administração das contas de servidores ativos e inativos e pensionistas – um cadastro que soma milhares de clientes automaticamente fidelizados, patrimônio que muitas agências levam anos e anos para conquistar.”

94. Em relação ao primeiro ponto, o Serviço B argumentou que após 2010 deverá haver uma concorrência pública para definir a instituição financeira que administrará os recursos da conta única, com espeque no disposto no art. 4º, § 1º, da Medida Provisória nº 2.192-70/2001, *verbis*:

“§ 1º As disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do poder público e empresas por eles controladas poderão ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010.”

95. Assim sendo, o BEC deverá participar dessa concorrência.

96. Tendo em conta a projetada transferência da conta única, o Serviço B admitiu a saída das contas-salário dos servidores para a instituição financeira vencedora da licitação. Consequentemente, os consultores admitiram apenas a manutenção de algum nível de fidelização de clien-

tes (fl. 2 do anexo 11). Essa estimativa decorreu das seguintes premissas: haverá inicialmente operações de empréstimo consignado em aberto, obrigando parte dos clientes a manter conta corrente no BEC; um percentual do funcionalismo pretenderá manter operações financeiras com o BEC pela representatividade e pelo reconhecimento do banco do estado e pela capilaridade de sua rede de agências, e, finalmente, haverá forte investimento pelo adquirente do banco em marketing. Tudo isso fará com que alguns clientes permaneçam no banco, apesar de possuírem conta-salário em outra instituição.

97. Contudo, deve-se ponderar que, devido à grande concentração de clientes nas faixas de menor salário médio (fl. 2 do anexo 11), apenas uma pequena parcela desse público terá condições de manter operações financeiras em duas ou mais instituições.

98. Com fulcro no acima exposto, o Serviço B uma fidelização de 40% em 2011 e de 20% em 2012 (fls. 142 do anexo 7 e 2 do anexo 11). A Sefid entendeu que as premissas adotadas pelos consultores são razoáveis e merecem ser acolhidas.

99. Por meio de diligência realizada ao Banco Central, em 12.7.2005, (item 1.2 – fls. 475 e 476 do vol. 78), a Sefid questionou a metodologia utilizada pelo Serviço B no cálculo do risco país. Aquele Serviço adotou como risco-país a mediana ponderada da remuneração dos títulos dos governos brasileiro e norte-americano, de mesmo prazo, calculada entre janeiro de 1996 e dezembro de 2004. Tal questionamento baseou-se no fato de não ser comum à utilização de uma mediana ponderada como medida de posição de uma amostra, pois, em geral, utiliza-se a média aritmética.

100. Os consultores alegaram ter utilizado a mediana visando atenuar os efeitos de uma assimetria positiva na distribuição de frequência dos spreads utilizados para o cálculo do risco-país. Tal assimetria teria sido ocasionada pelo fato de, no segundo semestre de 2002, ter havido, de forma anômala, um forte aumento no risco-país. Assim, o valor encontrado para a mediana do risco-país utilizado no cálculo do custo do capital próprio (CAPM) foi de 6,78, enquanto a média da amostra foi de 7,67. Diante disso, a unidade técnica entendeu que essa justificativa é válida.

101. Ao definir a taxa de desconto, o Serviço B classificou

o BEC como low-cap company, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Ibbotson Associates, ajustando-o aos parâmetros brasileiros e associando um prêmio adicional de 1,8%. Entretanto, no relatório final da avaliação econômico-financeira, não apresentou a metodologia utilizada para se chegar aos referidos parâmetros (fl. 476 do vol. 78). Indagado a respeito (fls. 4 e 5 do anexo 11), o Serviço B argumentou que o risco associado ao tamanho da empresa representa o retorno adicional exigido pelo investidor por incorrer em um nível maior de risco ao investir numa empresa menor do que aquelas com maior valor de mercado.

102. O modelo CAPM não captura este excesso de retorno historicamente atingido pelas empresas menores, conforme demonstrado no gráfico 7-1 (fl. 16 do anexo 11). Sendo assim, o referido estudo classificou os níveis de risco por tamanho da empresa em mid-cap, low-cap e micro-cap. Os respectivos acréscimos são, respectivamente: 1% , 1,8% e 4,0%.

103. Em consonância com esse estudo, o BEC seria micro-cap. Entretanto, a metodologia empregada pelo Serviço B previu o enquadramento das empresas nacionais com base na paridade do poder de compra da moeda nacional frente ao dólar. Assim, o BEC foi reclassificado para low-cap, com um prêmio adicional pelo seu porte de capital de 1,8%. Neste sentido, argumentou o Serviço B:

“Vale salientar que caso tomássemos o mesmo critério para classificação do BEC que aquele adotado pelo Ibbotson Associates, ou seja o valor de mercado do mesmo, o BEC seria classificado como micro-cap e, conseqüentemente, o prêmio de risco adicional deveria ter sido 4,0%. Entretanto, é importante mencionar que antes de decidirmos pela aplicação do referido prêmio de risco, observamos o que vem ocorrendo no mercado nacional relativamente às taxas de desconto utilizadas em operações de fusão e aquisição. Em nossa observação constatamos que apesar de exigir um retorno adicional pelo investimento em empresas de menor porte, o investidor não estava, na média, exigindo retornos adicionais no nível classificado como micro-cap. Assim, de forma a ajustar este indicador aos parâmetros brasileiros, decidimos por não aplicar o micro-cap e utilizar o low-cap e associamos um prêmio adicional de 1,80%.”

104. Desse modo, a Sefid considerou razoável a adaptação realizada pelo Serviço B no modelo CAPM.

105. Por meio de correspondência eletrônica de 15.8.2005 (fl. 614 do vol. 79), a unidade técnica pediu maiores esclarecimentos quanto à manutenção do índice de Basiléia no patamar de 18,6% durante todo o período da projeção, em aparente contradição com o cenário macroeconômico definido pelo Serviço B. Os consultores responderam ratificaram sua posição, com espeque nos seguintes argumentos (fls. 616 a 618 do vol. 79):

a) o patamar de 18,6% foi obtido a partir do benchmark do mercado;

b) ele não interferiu na estimativa das operações de crédito ou com TVM, que observaram metodologias de cálculo desvinculadas do índice de Basiléia. A projeção da carteira de crédito foi determinada com base na estimativa do volume total de crédito do Ceará e no market share projetado para as operações do BEC (6% do mercado de crédito do estado). Assim, a carteira de crédito evoluiu de acordo com a demanda projetada para a economia local. Já a conta TVM encontra-se por diferença, após destinação dos recursos gerados pelo banco para operações de crédito, alocações compulsórias e investimentos;

c) não há correlação entre o nível da taxa básica de juros e o índice de Basiléia, pois essas duas variáveis apresentaram um fator de -0,0866, com baixa significância estatística, portanto.

106. Ocorre que, no modelo do Consórcio Deloitte, o índice de Basiléia é tratado como um parâmetro de entrada e a convergência do índice no patamar de 18,6% se dá por meio da variação na conta TVM. Essa lógica da planilha de projeção contraria a afirmação do Serviço B de que o índice não interferiu na formação do volume de TVM aplicado pelo BEC. Assim sendo, a unidade técnica entendeu que esse artifício produz uma composição não eficiente do ativo total do Banco, que mantém uma participação ainda expressiva de TVM no ano de 2019 a despeito da queda prevista da taxa básica de juros.

107. A Sefid considerou que a análise não elidiu a dúvida levantada, porque não foi apresentado o índice de inflação utilizado e porque a metodologia estatística não foi informada. Cabe ressaltar que, por se tratar de duas séries de dados temporais, existem técnicas próprias para a análise



se de regressão dessas variáveis, as quais compreendem procedimentos e testes específicos. Ademais, tal afirmação necessita, no caso de análise de regressão, de respaldo teórico que venha a confirmar a relação de causalidade entre as duas variáveis, diferentemente, da simples análise de correlação, proveniente da medida de duas variáveis estocásticas.

108. Visando elucidar essa dúvida, a unidade técnica fez referência aos relatórios sobre estabilidade financeira elaborados pelo Banco Central. O Bacen, por meio de testes de impacto, tentou aferir os efeitos da redução da taxa de juros e das mudanças no câmbio sobre o índice de Basiléia. Esse estudo visa medir a capacidade do Patrimônio de Referência (PR) das instituições financeiras para suportar variações no PLE provocadas por grandes oscilações no risco de crédito, nas taxas de câmbio e nos juros pré-fixados.

109. Em função da preocupação do Banco Central de realizar esse tipo de estudo, deduz-se que a taxa básica de juros (SELIC) pode influenciar o índice de Basiléia. Ocorre que tanto a afirmativa quanto a negativa da existência de correlação entre essas variáveis carecem de uma análise econométrica mais robusta. Por essa razão, apesar de considerar que a sistemática de formação da carteira de TVM projetada a partir de um índice-alvo, mantido fixo ao longo de todo o período projetivo, distorce a composição do ativo, a Sefid afirmou não ser possível caracterizar um erro na avaliação do valor econômico do BEC. Por outro lado, dada a relevância da matéria, a unidade técnica propôs recomendar ao Banco Central que, nas próximas avaliações de instituições financeiras federalizadas, avalie a coerência entre a composição patrimonial do banco a ser privatizado e o cenário macroeconômico projetado.

110. A unidade técnica também questionou a manutenção em patamares constantes das taxas de depósitos compulsórios durante todo o período da projeção, a qual, em princípio, não está coerente com a evolução do cenário macroeconômico estabelecido, o qual aponta para a redução da inflação e a queda na taxa básica de juros.

111. O Consórcio Deloitte argumentou que o depósito compulsório tem eficácia discutível e que, na literatura econômica recente, não é mais considerado como instrumento de política monetária (fls. 617 e 618 do vol. 79). Para corro-

borar sua tese, classificou na categoria de depósitos compulsórios à vista, outras vinculações na aplicação dos depósitos à vista (DV), como a obrigatoriedade de aplicação de 2% dos DV em microcrédito, 8% em títulos públicos e 25% em crédito rural. Ocorre que, apesar de obrigatórios, tais recursos circulam no mercado e não são compulsoriamente retirados de circulação aos cofres do Banco Central. Portanto, a Sefid considerou irreal a informação do consórcio de que a alíquota do compulsório para depósitos à vista é de 80%.

112. O Consórcio aduziu que a alíquota adotada pela União Européia é inferior a 2% e que países, como Suíça, Nova Zelândia, Austrália e Canadá já aboliram os depósitos compulsórios definitivamente.

113. Essa argumentação parece reforçar a tese de que a manutenção de depósitos compulsórios tão elevados não se sustenta. Logo, a Sefid considerou insuficientes os esclarecimentos prestados pelo Consórcio Deloitte a fim de elidir a irrazoabilidade da premissa de se manter, até o final da projeção, os mesmos níveis de depósitos compulsórios vigentes hoje, a despeito da significativa melhoria do cenário macroeconômico projetado, sendo que tal premissa tem efeito negativo sobre o valor econômico do BEC. Tal como no caso da formação da carteira de Títulos analisada anteriormente, apesar de a manutenção em patamares elevados e constantes dos depósitos compulsórios ao longo de todo o período

projetivo distorcer a composição do ativo – por manter um elevado nível de relações interfinanceiras (ver Tabela 2) – não é possível caracterizar um erro passível de determinação de correção. Entretanto, a unidade técnica entendeu que se deve recomendar ao Banco Central que, nas próximas avaliações de instituições financeiras federalizadas, avalie a coerência entre a composição patrimonial do banco a ser privatizado e o cenário macroeconômico projetado.

114. O item 7.2 do relatório final da Avaliação Econômico-Financeira (fl. 127 do anexo 7) incluiu entre os ajustes contábeis realizados para fins de avaliação do Ativo e do Passivo do BEC o que diz respeito à conta Credores Diversos no País (Recebimentos da Carteira do Estado), a qual foi debitada do Passivo com contrapartida na conta Títulos Livres – Renda Fixa (TVM), no valor de R\$ 44.714 milhões.

115. Por meio de consulta ao COSIF, a unidade técnica verificou que essa conta registra as responsabilidades da instituição perante pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no País, inclusive resultantes de mandato, em que não haja conta específica. A Sefid solicitou maiores informações ao Serviço B, responsável pela elaboração dos ajustes no Balanço Patrimonial, tendo em vista que, aparentemente, tais valores não ensejariam custos para o BEC e, conseqüentemente, não haveria necessidade da sua transferência a crédito para TVM (correspondência eletrônica – fl. 611A do vol. 79).

116. Os consultores alegaram que:

“Nas rubricas recebimentos da carteira comercial Estado/ União e títulos de securitização Estado/União estão registradas operações de crédito cedidas ao Estado do Ceará, recebidas e administradas pelo BEC, ficando acumuladas para serem entregues ao final do processo de privatização. Desta forma, com o objetivo de não considerar este montante em nossas projeções, sabendo que tais valores deverão ser transferidos para o Estado, efetuamos os ajustes contábeis em Títulos Livres e Credores Diversos.”

117. Sendo assim, por não se tratar de valores pertencentes ao patrimônio do banco, mas de valores administrados, pertencentes ao Estado, a Sefid entendeu que o Serviço B provisionou-os corretamente para fim da projeção operacional do banco.

118. Em complemento à resposta do e-mail de 19.8.2005 (fl. 812 do vol. 80), o Consórcio Deloitte esclareceu o porquê da diferença no montante das receitas de prestação de serviços (fls. 819 e 820 do vol. 80). Inicialmente, a Sefid interpretou que o montante de R\$ 22.776 mil seria a base para a projeção das receitas de prestação dos serviços listados na pasta SERVIÇOS da planilha de avaliação econômica-financeira.

119. O Consórcio informou que tal montante excluiu o valor recebido a título de administração de fundos (taxas de administração). Referido valor foi considerado na projeção a partir da pasta FUNDOS, além de outras receitas de serviço, projetadas com base na pasta OUTRAS RECEITAS. Esclareceu ainda que o montante publicado na Demonstração de Resultados do Exercício de dezembro de 2004, no valor de R\$ 29.355 mil, consolida todas as fontes de receita de prestação de serviços, inclusive aquela rela-

tiva à taxa de administração de Fundos (fl. 818 e 819 do vol. 80).

120. A Sefid considerou que o valor usado como base para projetar as receitas de prestação de serviço está correto. Ademais, eventuais divergências pontuais em relação à consolidação de valores podem ser consideradas irrelevantes para a estimativa do valor econômico do Banco.

121. Por meio de correspondência eletrônica datada de 1º.9.2005 (fl. 815 do vol. 80), a Sefid questionou o Serviço B a respeito da amortização no primeiro ano de todo o passivo contabilizado nas contas de Obrigações Sociais e Estatutárias, no valor de R\$ 18.462 mil, e de Obrigações de Imposto de Renda e Contribuição Social, no valor de R\$ 5.093 mil. A unidade técnica entendia que seria mais conveniente quitar tais passivos ao longo do período de projeção, pois a quitação integral reduz o fluxo de caixa inicial e, conseqüentemente, o valor econômico do BEC.

122. Os consultores alegaram que o montante de R\$ 18.462 mil corresponde a valores devidos aos acionistas a título de Juros sobre Capital Próprio e Dividendos, os quais, apesar de já terem sido apropriados como despesa, seriam desembolsados no primeiro semestre de 2005. Tal fato relevante justifica sua amortização no primeiro ano. A unidade técnica constatou que essa justificativa está respaldada pelo item 16, “c”, das Notas Explicativas das Demonstrações Financeiras do BEC de dezembro de 2004.

123. Em relação às Obrigações de Imposto de Renda e Contribuição Social, a Consultoria argumentou que a quantia de R\$ 5.093 mil refere-se ao valor do IR e CSLL devidos no exercício de 2004, tendo sido calculada com base na diferença entre os lucros estimado e real. Assim sendo, esse montante deve ser recolhido no exercício de 2005. Com espeque nessas justificativas, a unidade técnica concordou com a forma de amortização acima citada.

4.6 Questões levantadas pelo Deputado Estadual José Nelson Martins de Sousa.

124. O parlamentar solicitou audiência com o Exmo. Ministro-Presidente do TCU (fl. 607), visando obter informações sobre o real valor do BEC, “tendo em vista que ainda pairam muitas incertezas permeando o processo de privatização de tão importante instituição financeira para o estado do Ceará, tendo já sido detectadas inúmeras irregularidades em referido procedimento”.

125. O Deputado apresentou duas dúvidas:

a) créditos teriam sido colocados em liquidação sem que tivessem sido envidados esforços para se obter o adimplemento de tais passivos. Esses valores chegam a R\$ 700 milhões e não se saberia quem arcará com esse suposto prejuízo;

b) a real situação da Caixa de Previdência do BEC (CA-BEC).

126. O parlamentar também aludiu à reportagem do jornal “Diário do Nordeste”, na qual é mencionado que apenas “R\$ 50 milhões, 7,64% de um total de R\$ 654 milhões da dívida do banco na época da federalização (1998), foram recuperados até hoje”.

127. Durante a audiência, o Deputado Nelson Martins, acompanhado do Presidente do Sindicato dos Bancários, apresentou requerimento (fls. 638 e 639 do volume 79) no sentido de que o TCU analise, ainda, o impacto no valor econômico do BEC de operações de compra e venda de títulos que terizm ocasionado prejuízos ao Banco.

128. Ocorre que, nos termos da Lei nº 9.496/1996 e da Medida Provisória nº 2.170-70, o Estado do Ceará e a União assinaram o Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição, por meio do qual foi aberto um crédito ao Estado no valor de R\$ 954 milhões, a ser utilizado da seguinte forma: até R\$ 144 milhões para capitalização do BEC; até R\$ 175 milhões para constituição do Fundo de Contingências e até R\$ 635 milhões para aquisição de ativos do BEC pelo Estado.

129. A Lei nº 9.649/1997 estabeleceu critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal. A Medida Provisória citada, por seu turno, definiu mecanismos para incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, tendo seu art. 3º, I, autorizado a União a adquirir o controle de instituição financeira exclusivamente para privatizá-la ou extinguí-la.

130. No âmbito estadual, a Lei nº 12.860/1998 autorizou o Estado do Ceará a sanear o BEC para posterior privatização.

131. Portanto, os ativos representados pela carteira de crédito, citados pelo parlamentar, foram transferidos para o Estado do Ceará, que recebeu financiamento específico

para esta aquisição mediante autorização legislativa federal e estadual. Desse modo, os recursos provenientes da recuperação dessa carteira de crédito serão revertidos exclusivamente para o Estado, não trazendo qualquer impacto para o preço mínimo do BEC.

132. O Deputado Estadual relatou a situação da Caixa de Previdência do BEC (CABEC), enfatizando sua preocupação quanto ao tratamento que será dado, após a privatização, ao passivo atuarial desse fundo de pensão.

133. As regras que disciplinam a movimentação dos recursos do Fundo de Contingência foram estabelecidas por meio do Contrato nº 211/PGFN/CAF, celebrado pelo Estado, pelo BEC e pela CEF, com a interveniência da União. A seguir, são transcritas algumas disposições relevantes desse contrato:

“Cláusula Primeira: o Estado constituirá junto à Caixa, mediante financiamento da União, um Fundo no valor de R\$ 100.611.254,53 destinado à cobertura das contingências previstas na Cláusula Segunda;

Cláusula Segunda: os recursos do Fundo serão destinados exclusivamente à cobertura de:

R\$ 38.327.694,56: resolver contingências relativas à CSSL de responsabilidade do BEC;

R\$ 2.619.649,06: ressarcimento de depósitos recursais relativos a contingências previdenciárias;

R\$ 432.948,78: resolver contingências relativas ao ISS;

R\$ 54.034.938,36: parte do déficit atuarial da CABEC, cuja responsabilidade venha a ser atribuída ao BEC;

R\$ 5.196.023,77: outras contingências tributárias.”

134. Cabe salientar que o Edital de Venda, em seu item 5.2 (Obrigações Especiais do Novo Controlador), estabeleceu que o comprador deverá manter, pelo prazo de 24 meses, o patrocínio da CABEC de modo a assegurar os benefícios previstos nos seus estatutos e regulamentos. Durante esse período, o novo controlador poderá estabelecer negociações visando alterar as condições do seu patrocínio. Depois dessa fase, o novo controlador poderá tomar as decisões que julgar aconselháveis, respeitados a legislação aplicável e os direitos de terceiros.

135. Dessa forma, o fundo acima citado foi o mecanismo utilizado para mitigar as incertezas ocasionadas por eventuais eventos “contingentes”, tais como o déficit atuarial da CABEC. Caso esses passivos não se confirmem, o

Governo do Estado não precisará lançar mão desses recursos.

136. Diante do acima exposto, a Sefid entendeu que as preocupações aduzidas pela Assembléia Legislativa foram adequadamente tratadas no Edital de Privatização e contempladas pelos consultores.

137. O Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado do Ceará (Seeb-Ceará) e o Deputado Estadual Nelson Martins alegaram que:

a) o BEC foi prejudicado em uma série de operações de compra e venda de títulos públicos federais;

b) tais fatos foram analisados no âmbito do TC nº 011.420/2003-8, tendo a 2ª Secex concluído que as ilicitudes praticadas tiveram efeitos deletérios para o patrimônio do BEC;

c) tais práticas configuram crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e estão sendo averiguadas pela Procuradoria da República no Estado do Ceará;

d) o prejuízo decorrente dessas operações afetou o preço mínimo estipulado para o BEC;

e) se o BEC for adquirido por preço aviltado em virtude dos ilícitos enumerados, a União e o Estado do Ceará arcarão com todo o prejuízo. Ademais, se o prejuízo for recuperado, reverterá em favor da instituição adquirente do BEC. Logo, “o desgaste com o patrimônio público, portanto, estará consumado”;

f) o preço mínimo do BEC deve levar em conta o valor correspondente ao prejuízo experimentado pela instituição em razão dos fatos mencionados. Tal pedido encontrou suporte em Relatório do Banco Central, no qual consta que: “Em inspeção direta realizada no Banco do Estado do Ceará S.A. foi constatado que sua tesouraria realizou operações de compras e vendas de títulos públicos federais por preços acima dos preços de mercado, que causaram perda para o Banco da ordem de R\$ 8.687 mil (oito milhões, seiscentos e oitenta e sete mil reais), no período de maio de 2002 a janeiro de 2003.”

138. Sobre essas alegações, a unidade técnica destacou que:

a) com base nesse Relatório, o Banco Central instaurou o processo administrativo punitivo nº 0501299947, visando apurar as responsabilidades. Segundo o BACEN, o processo encontra-se na fase de intimação para que os responsáveis apresentem defesa;

- b) os fatos apontados no Relatório de Fiscalização foram comunicados ao Ministério Público Federal, que ajuizou a Ação de Improbidade nº 2005.81.00.01.3036-3 na 6ª Vara da Justiça Federal do Estado do Ceará;
- c) no TCU, essa questão está sendo examinada no âmbito do TC nº 011.420/2003-8. Atualmente, o referido processo encontra-se em fase de instrução na SECEX-CE e não há deliberação do Tribunal sobre o assunto;
- d) os efeitos dessa operação da troca de títulos refletiram-se nos resultados dos exercícios de 2002 e 2003 e, por consequência, nos dividendos percebidos pelos acionistas naqueles exercícios. Eventuais ressarcimentos aos cofres públicos poderão ser discutidos no âmbito da ação de improbidade administrativa nº 2002.81.00.01.3036-3 e no TC nº 011.420/2003-8. A recuperação desse prejuízo, entretanto, não necessariamente se dará em favor dos adquirentes, pois o direcionamento desses recursos dependerá do entendimento da Justiça e do TCU sobre a questão;
- e) o valor econômico do Banco, nos termos do § 3º do art. 30 do Decreto nº 2.594/1998, é calculado a partir da projeção do seu fluxo de caixa operacional. Assim, considerando que os fatos apontados não causarão, necessariamente, impacto no fluxo de caixa futuro do Banco, não há que se falar em revisão do preço mínimo;
- f) assim sendo, a unidade técnica propôs dar conhecimento do Relatório e Voto que fundamentarem o Acórdão resultante deste processo à Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e ao Deputado Estadual José Nelson Martins de Souza.

#### 4. TERCEIRO ESTÁGIO DO ACOMPANHAMENTO

139. No quarto estágio, são analisados os seguintes documentos:

- a) relatório contendo data, valor, condições e forma de implementação dos títulos e meios de pagamentos utilizados, a partir da autorização legal para a privatização, com o intuito de promover o saneamento financeiro da empresa ou instituição;
- b) relatório contendo data, valor, condições, forma de implementação, títulos e meios de pagamentos utilizados, a partir da autorização legal para a privatização, para viabilizar investimentos ou inversões financeiras de qualquer natureza realizados na empresa por órgãos ou entidades



da administração pública federal ou por ela controlada, direta ou indiretamente;

c) relatório contendo data, valor, condições e forma de implementação de renúncia de direitos, a partir da autorização legal para a privatização da empresa, contra entidade privada ou pessoa física, cujo montante supere 1% do patrimônio líquido do banco;

d) proposta e ato de fixação do preço mínimo de venda, acompanhado das respectivas justificativas;

e) cópia da ata da assembléia de acionistas que aprovou o preço mínimo de venda;

f) edital de privatização.

140. Pode-se afirmar, com base nos esclarecimentos prestados pelo Banco Central (fl. 635 do vol. 79), que não houve nenhum investimento ou inversão financeira, efetuada por qualquer entidade pública, após a federalização do BEC. Da mesma forma, não houve renúncia de direito em favor de entidade privada ou pessoa física, em montante superior a 1% do patrimônio líquido do BEC, após a federalização.

141. Há que se mencionar, em razão de seu expressivo valor, uma operação que precedeu a inclusão do BEC no PND e que foi citada no Edital de Venda (item 6.12 - fl. 90 do anexo 12), qual seja a celebração, em 12/11/1998, pela União e pelo Estado do Ceará, do anteriormente mencionado Contrato de Abertura de Crédito e de Compra e Venda de Ações sob Condição (fls. 46 a 54 do vol. 2).

142. As propostas de preço mínimo dos Serviço A e B, apresentadas nos respectivos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira, foram comentadas no terceiro estágio.

143. O BACEN recomendou a adoção do preço mínimo indicado pelo Serviço B (Voto BCB nº 223/2005, fls. 46 a 52 do anexo 12).

144. O Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 3.301/2005 (fls. 53 a 56 do anexo 12), aprovou o preço mínimo nas condições propostas pelo Banco Central: R\$ 576.575.000,00 (quinhentos e setenta e seis milhões, quinhentos e setenta mil reais) como valor econômico mínimo para a totalidade das ações de emissão do BEC e R\$ 571.285.439,57 (quinhentos e setenta e um milhões, duzentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e nove reais e cinquenta e sete centavos) para o bloco de ações pertencentes à União (99,08% do capital total).

145. A aprovação do preço mínimo de venda pela assembleia de acionistas não se aplica ao presente caso, pois se trata de ações de propriedade da União, que é a acionista controladora do BEC.

146. O Edital de Venda (fls. 57 a 104 do anexo 12) apresenta os seguintes elementos, em observância ao disposto no art. 11 da Lei nº 9.491/1997):

a) justificativa para a privatização, indicando o percentual do capital social da empresa a ser alienado (item 1.2.2 – fl. 62 e capítulo 3 – fls. 66 a 68);

b) ato que determinou a constituição da empresa originariamente estatal ou, se estatizada, ato e motivos que determinaram sua estatização (item 6.12 – fls. 90 e 91);

c) passivos de curto e de longo prazos da sociedade (item 7.2 – fl. 93 e 94);

d) situação econômico-financeira da sociedade, especificando lucros ou prejuízos, endividamento interno e externo, nos últimos cinco exercícios (itens 7.2 a 7.8 – fls. 93 a 100);

e) pagamento de dividendos à União ou à sociedade por ela controlada direta ou indiretamente e aporte de recursos à conta de capital, providos direta ou indiretamente pela União, nos últimos quinze anos (item 7.7 – fls. 97 e 98);

f) sumário dos estudos de avaliação (item 8.1 – fls. 100 e 101);

g) critérios de fixação do valor de alienação, com base nos estudos de avaliação (item 8.2 – fl. 101);

h) modelagem de venda e valor mínimo da participação a ser alienada (capítulos 3 e 4 – fls. 66 a 73).

147. A seguir, serão apresentados, de forma resumida, alguns trechos do Edital considerados relevantes para o entendimento do processo de privatização do BEC.

a) Objeto do edital: alienação de 91.621.171 (noventa e um milhões, seiscentos e vinte e um mil, cento e setenta e uma) ações ordinárias de titularidade da União, representativas de 99,08 % (noventa e nove inteiros e oito centésimos por cento) do capital social do BEC (fls. 57 e 66 do anexo 12);

b) o processo de venda foi dividido em duas etapas:  
- no leilão, previsto para 15/9/2005, serão ofertadas em bloco único e indivisível 82.459.053 (oitenta e dois milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, cinquenta e três)

ações ordinárias de emissão do BEC, correspondentes a 89,35% (oitenta e nove inteiros e trinta e cinco centésimos por cento) do capital social (fl. 60 e 68 do anexo 12);

- na oferta aos empregados, serão oferecidas 9.162.118 (nove milhões, cento e sessenta e dois mil, cento e dezoito) ações ordinárias representativas de 9,93 % (nove inteiros e noventa e três centésimos por cento) do capital social. A liquidação financeira dessa oferta está condicionada à efetiva venda das ações ofertadas em leilão (fls. 60 e 66 do anexo 12).

c) Preço mínimo: o Conselho Monetário Nacional fixou o preço mínimo de R\$ 576.575.000,00 (quinhentos e setenta e seis milhões, quinhentos e setenta e cinco mil reais) para a totalidade das ações do BEC. Para o bloco de ações pertencentes à União, foi estipulado o preço mínimo de R\$ 571.285.439,57 (quinhentos e setenta e um milhões, duzentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e nove reais, e cinquenta e sete centavos) – item 8.2 do Edital (fl. 101 do anexo 12). O preço mínimo para o bloco de ações que serão ofertadas no leilão foi fixado em R\$ 542.721.167,40 (quinhentos e quarenta e dois milhões, setecentos e vinte e um mil, cento e sessenta e sete reais, e quarenta centavos). Já na oferta aos empregados, o preço foi fixado em R\$ 28.564.271,98 (vinte e oito milhões, quinhentos e sessenta e quatro mil, duzentos e setenta e um reais, e noventa e oito centavos) – itens 3.3.1 e 3.3.2 (fls. 66 e 68 do anexo 12);

d) o desconto de 50% concedido na oferta aos empregados foi repassado para o preço das ações objeto de leilão, conforme estabelecido no art. 30, § 5º, do Decreto nº 2.594, de 1998;

e) a liquidação financeira das ações ofertadas em leilão está prevista para ocorrer no dia 22.9.2005. O pagamento poderá ser feito em moeda corrente nacional (mínimo de 10%) ou Títulos Federais, conforme relação indicada no item 3.3.2.3 do edital (fls. 12 e 13 do vol. 58). As ações oferecidas aos empregados deverão ser pagas à vista e em moeda corrente nacional (item 3.3.1.8 - fl. 12 do vol. 58);

f) o preço final de venda das ações para a União será o valor obtido pela alienação das ações do BEC, deduzido o valor de R\$ 66,5 milhões, a que o Estado do Ceará fará jus pela manutenção de todas as operações junto ao novo

controlador do BEC, o qual exercerá as funções de agente financeiro do Estado pelo prazo de cinco anos (Cláusula Terceira do Terceiro Termo Aditivo do Contrato de Compra e Venda de Ações do BEC celebrado pela União e pelo Estado do Ceará – fl. 309 do volume 77);

g) a pré-identificação junto à Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia é obrigatória e destina-se à verificação da regularidade da situação jurídica, fiscal e previdenciária e da capacidade de liquidar financeiramente a operação (item 4.2.1 – fl. 69 do anexo 12). Até 8.9.2005, os participantes devem apresentar uma garantia financeira de valor equivalente ao preço mínimo (item 4.2.3 – fl. 70 do anexo 12).

148. Os candidatos interessados em participar do leilão submeteram-se a um processo de pré-qualificação, efetuado nos termos do Edital de Abertura do Processo (fls. 346 a 377 do vol. 77), tendo atendido aos seguintes requisitos:

a) comprovação de capacidade econômico-financeira equivalente a, pelo menos, R\$ 718.140.580,58 (setecentos e dezoito milhões, cento e quarenta mil, quinhentos e oitenta reais e cinquenta e oito centavos);

b) inexistência de restrição cadastral;

c) inexistência de impedimentos de ordem legal e regulamentar, principalmente em relação às disposições contidas nas Leis Federais nº 4.595/1964; 6.404/1976, 9.457/1997 e 10.303/2001.

149. Foram pré-qualificados os bancos Bradesco, GE Capital, Itaú e Unibanco (Comunicado Relevante nº 01/2005/BEC – fl. 385 do vol. 77).

150. Com fulcro nessas considerações, a unidade técnica propôs que o TCU:

a) aprove os quatro primeiros estágios do processo de privatização do BEC;

b) determine ao Banco Central do Brasil, na condição de gestor do processo de privatização dos bancos federalizados, que, nas futuras privatizações, adote procedimentos que possibilitem a melhor compatibilização entre a data-base fixada para a avaliação do valor econômico da instituição financeira e a data fixada para o leilão de privatização;

c) recomende ao Banco Central do Brasil, na condição de gestor do processo de privatização dos bancos federalizados, que nas futuras privatizações avalie a coerência:

- entre a composição patrimonial do banco a ser privatizado e o cenário macroeconômico projetado;
- entre as políticas de captação e aplicação de recursos projetadas;

d) encaminhe cópia deste Acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram, ao Ministro da Fazenda e aos Presidentes do Conselho Monetário Nacional, do Conselho Nacional de Desestatização, da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, da Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e do Banco Central do Brasil; à Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e ao Deputado Estadual José Nelson Martins de Souza.

e) determine o retorno dos presentes autos à Sefid, para que seja dada continuidade ao acompanhamento do processo de privatização do BEC.

É o relatório.

#### **Voto do Ministro Relator**

Como se trata de instituição financeira, a condução do processo de privatização é de responsabilidade do Banco Central do Brasil - Bacen, que, nesses casos, atua como coordenador do processo de desestatização, conforme dispõe o art. 6º, § 5º, da Lei n.º 9.491/1997. A competência para aprovar as medidas adotadas pelo Bacen é do Conselho Monetário Nacional - CMN, conforme estabelece o art. 6º, § 6º, desse mesmo dispositivo legal.

2. A bem elaborada instrução da SEFID, da lavra dos ACE Teodomiro Aires Sampaio, Josianne de Menezes Lima, Leonardo Santos Macieira e Marcelo Moraes Rodrigues, aponta para a regularidade dos quatro primeiros estágios do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará S.A. - BEC, nos termos da Instrução Normativa TCU nº 27/1998.

3. Ressalto que o exame do terceiro estágio possui especial relevância, pois é nessa fase que se perquire a correção da avaliação do preço mínimo de venda da instituição financeira, o qual, consoante dispõe o art. 31 do Decreto nº 2.594/1998, é fixado com base em estudos efetuados por dois consórcios contratados (Serviços A e B).

4. Para estimar o preço mínimo de venda do banco, devem ser consideradas as condições do mercado em que ele está inserido, sua situação econômico-financeira e as perspectivas de rentabilidade da instituição, em consonância

com o *caput* do art. 30 do Decreto nº 2.594/1998.

5. Calcula-se o valor econômico do banco a partir de seu fluxo operacional, ajustado pelos valores dos direitos e obrigações não vinculados às suas atividades operacionais, bem como pelos valores que reflitam eventuais contingências.

6. A partir do fluxo operacional de recursos da empresa, estimam-se os valores referentes aos pagamentos de dividendos aos acionistas e às retiradas de capital, quando houver. Esses montantes, trazidos a valor presente mediante a aplicação de taxa de desconto representativa do custo médio do capital do banco, compõem o valor econômico da instituição antes dos ajustes.

7. É relevante, nessa etapa de avaliação, a projeção do cenário macroeconômico em que o banco irá operar, pois esses indicadores apontam a tendência que deverá ser observada pelos negócios da instituição. Saliento que esse cenário varia de acordo com os critérios adotados por cada empresa de consultoria.

8. A Sefid destacou que o Banco Central deu cumprimento às determinações exaradas por esta Corte durante apreciação anterior deste processo. Da mesma forma, determinações proferidas quando do julgamento dos processos relativos às privatizações anteriores de bancos federalizados também foram cumpridas pelo Bacen. Aduzo que, em função de ponderações da zelosa unidade técnica, os consultores promoveram correções no cálculo do valor econômico do BEC, conforme explicitado no Relatório que antecede a este Voto.

9. Por outro lado, a unidade técnica detectou a persistência de questões que, apesar de não serem aptas a ocasionar a suspensão ou o adiamento do leilão de privatização, demandam um melhor equacionamento por parte do Banco Central. Assim sendo, concordo com a proposta formulada pela Sefid no sentido de que este Plenário profira determinação e recomendação ao Bacen.

10. Diante de todo o exposto, acolhendo o parecer da unidade técnica, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste E. Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 14 de setembro de 2005.

**BENJAMIN ZYMLER**

Relator p/**Acórdão**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompa-

nhamento do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará S. A. - BEC.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. aprovar os quatro primeiros estágios do processo de privatização do Banco do Estado do Ceará - BEC;

9.2. determinar ao Banco Central do Brasil, na condição de gestor do processo de privatização dos bancos federalizados, que, nas futuras privatizações, adote procedimentos que possibilitem a melhor compatibilização entre a data-base fixada para a avaliação do valor econômico da instituição financeira e a data fixada para o leilão de privatização;

9.3. recomendar ao Banco Central do Brasil, na condição de gestor do processo de privatização dos bancos federalizados, que, nas futuras privatizações, avalie a coerência entre a composição patrimonial do banco a ser privatizado e o cenário macroeconômico projetado e entre as políticas projetadas de captação e de aplicação de recursos;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentaram, ao Ministro da Fazenda, ao Conselho Monetário Nacional, ao Conselho Nacional de Desestatização, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, ao Banco Central do Brasil, à Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e ao Deputado Estadual do Ceará José Nelson Martins de Souza.

9.5. determinar o retorno dos presentes autos à Sefid, para que seja dada continuidade ao acompanhamento do processo de privatização do BEC.

#### **Quorum**

12.1. Ministros presentes: Adylson Motta (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler (Relator). 12.2. Auditores convocados: Lincoln Magalhães da Rocha e Marcos Bemquerer Costa.

#### **Publicação**

Ata 35/2005 - Plenário Sessão 14/09/2005 Aprovação 20/09/2005 Dou 22/09/2005

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 440.543-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelante: MANOEL ARAÚJO FILHO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. JOÃO ANDRÉ SALES RODRIGUES E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SINDICÂNCIA DESABONADA PELA JUSTIÇA LABORAL. VALIDADE DA PROVA PARA FINS DE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO DE SERVIÇO DA CONAB PARA FINS PARTICULARES. COMPROVAÇÃO. SUPRESSÃO DE MECANISMOS DE CONTROLE DO VEÍCULO. RODAGEM EXCESSIVA. NÃO RECOLHIMENTO DO AUTOMÓVEL À SEDE DA CONAB DURANTE A NOITE E FINS DE SEMANA. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

*- Trata-se de apelação cível interposta por MANOEL ARAÚJO FILHO contra a sentença que, em ação de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, julgou parcialmente procedente o pedido formulado, reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa e condenando o apelante às penas de ressarcimento do dano, multa civil em valor correspondente ao dobro do valor do ressarcimento e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou créditos diretos ou indiretos, pelo prazo de 5 anos.*

*- Pelo conteúdo probatório dos autos, restou comprovado que o apelante, na qualidade de Superintendente Regional da CONAB - Companhia Nacional de Abastecimento, utilizou-se continua-*



**damente de veículo público, no caso, S-10/GM, placa KJD3445, pertencente à CONAB para fins particulares, entre os anos de 1998 e 2001, aproveitando-se do cargo exercido.**

**- A sindicância administrativa foi eivada de vícios, consoante constatou a justiça trabalhista. Porém, não infirma a validade dos atos instrutórios praticados na sindicância, mas apenas critica sua excessiva duração, dela retirando-se consequências exclusivas para o direito laboral, sendo hábil a servir de prova dos fatos em questão. Assim, depoimentos, provas documentais constantes do referido processo administrativo não foram maculados pelas pechas da referida sindicância, podendo servir de instrumento hábil ao convencimento do magistrado, juntamente com as provas carreadas durante o decorrer da instrução.**

**- Como ressaltou o MPF, perde em importância a invocação de vícios inerentes ao processo administrativo em questão, vez que o órgão ministerial deflagrou a ação de improbidade administrativa a partir de formalização própria, vez que o inquérito civil público é ferramenta facultada – e não cogente – para a propositura da ação de improbidade administrativa.**

**- O apelante utilizava ilimitadamente o veículo em questão, em situação tal que chegou até a confundir testemunhas a respeito da propriedade do mesmo. Restou inconteste que o recorrente dispunha do carro durante os dias de trabalho semanais, independente da hora, bem como nos finais de semana, fora do horário normal de expediente.**

**- A retirada de adesivos laterais, mais ostensivos, e a colocação de adesivo dianteiro indica a intenção deliberada de omitir/ofuscar a verdadeira titularidade do bem, e, ao mesmo tempo, deixar indicativo, mesmo que sutil, de que o bem é**

**de propriedade da Empresa Pública em questão, para qualquer eventualidade que precisasse se defender.**

**- O fato de não se submeter ao registro que controla a entrada e a saída, apesar de devidamente informado da necessidade de tal atitude, e alertado para regularizar a utilização do veículo, só assevera o entendimento de que o recorrente pouco se importava com o protocolo e estava disposto a utilizar o bem ao seu livre alvedrio.**

**- Comprovada quilometragem excessiva do automóvel, pois perfez, durante os anos de 1998 a 2001, o quantum de 133,5 km por dia. O recorrente procurou defender-se alegando a necessidade do serviço, ante o desempenho de sua função. No entanto, recebeu ínfimos adiantamentos a título de despesas que justificassem a rodagem diária e total, apresentando-se irrazoável o relato de que não solicitava todas as diárias de viagens.**

**- A conduta do apelante foi pautada no dolo, tendo em vista que tinha plena consciência de suas atitudes, com utilização de artifícios destinados a suprimir controle de fiscalização, bem como na prática de irregularidades.**

**- Aduz o recorrente que a multa por infração de trânsito recebida no Município de Ipojuca, em Porto de Galinhas, no dia 06.09.1998, domingo, foi lavrada quando o apelante estava em serviço/reunião e havia participado no dia anterior de distribuição de cestas básicas no referido Município. Ocorre que, no calendário de distribuição de cestas básicas, o dia previsto era 04.09.98 e não 05.09.1998, como aduz o insurgente. E mesmo que o recorrente tivesse pernoitado no município, de se estranhar a manutenção na posse do carro do dia 04.09.98 ao dia 06.09.98, bem como existência de reunião para tratar de trabalho em dia de domingo. Porém, tal entendimen-**

*to seria aceitável e até razoável se outros elementos e provas do processo não apontassem para o uso irregular do veículo em questão.*

*- Os documentos anexados em sede de apelação (sentença da reclamação trabalhista que declarou a nulidade dos processos de sindicância nºs 1463, 1466, 1650, 1664, 1665 e 1667, declarações municipais relativas à visita do apelante no exercício da função, Relatório de Distribuição de Cestas Básicas, com relação das cidades e datas, correspondências enviadas ao Presidente da CONAB acerca dos procedimentos de sindicância, fotos do apelante em municípios com veículo utilizado para deslocamento e fiscalização de distribuição de cestas básicas, sentença absolutória da ação criminal dos delitos tipificados nos arts. 312 e 327, § 2º, do CP e termo de ouvida de testemunha da acusação, não tem o condão de infirmar a prova carreada em sede de instrução, bem como as razões aduzidas pelo magistrado e MPF e o juízo de convencimento deste Relator.*

*- O Ministério Público Federal, em seu parecer, aduziu que no caso do inc. IV do art. 9º da Lei 8.429 exige-se uma especificidade em termos da obra ou serviço particular a que o agente ímprobo visou beneficiar com o desvirtuamento do bem à sua disposição – o que não foi levado em conta na ação e na sentença condenatória –, diferentemente daquela primeira situação do inc. XII, onde o tipo é mais abrangente, bastando o desvio patrimonial para outro fim, que não aquele que se recomenda ao interesse público, de cuja exclusão advém a conclusão de que se deu em proveito pessoal. Porém, afirmou que tal fato perde em importância, na medida em que basta uma só configuração em um dos incisos do art. 9º mencionado, para daí se eclodir em menor ou maior grau, aquelas penas constantes do art. 12,*

***I, da Lei nº 8.429/92. Tal capitulação deve prevalecer. No entanto, mantenho a condenação propugnada pelo magistrado singular. A questão da capitulação não interfere a nível de se modificar a conduta reprochável do apelante. Pelo contrário, é a conduta que interfere na capitulação.  
- Apelação não provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação cível interposta por MANOEL ARAÚJO FILHO contra a sentença que, em ação de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, julgou parcialmente procedente o pedido formulado, reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa e condenando o apelante às penas de ressarcimento do dano, multa civil em valor correspondente ao dobro do valor do ressarcimento e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou créditos diretos ou indiretos, pelo prazo de 5 anos.

Entendeu o magistrado que o réu, na qualidade de Superintendente Regional da CONAB - Companhia Nacional de Abastecimento, utilizou-se continuamente de veículo público, no caso, S-10/GM, placa KJD3445, pertencente à CONAB para fins particulares, entre os anos de 1998 e 2001, aproveitando-se do cargo exercido.

O apelante impugna o decisório, aduzindo, em síntese: a) em-

basamento da sentença em processo de sindicância administrativa eivada de vícios, quais sejam: texto do relatório final com adjetivos desabonadores utilizados para desqualificar o réu e utilização, como elementos de prova, de depoimentos de funcionários recentemente admitidos, que não sabiam da realidade dos fatos; b) a ação de improbidade proposta foi baseada em sindicância administrativa, ausente processo administrativo/ inquérito civil; c) expiração do prazo da sindicância administrativa, o que acarreta a sua nulidade, em face da inexistência de processo administrativo devido; d) contradição entre a sindicância administrativa e o processo judicial, e a prevalência deste; e) não utilização do veículo para fins particulares, tendo em vista que o Superintendente tem o dever funcional de acompanhar e representar a CONAB em todas as cidades. Quanto a este item, relata que: 1) realizava com frequência reuniões em diversos pontos do Recife e cidades do interior de Pernambuco, Paraíba e Alagoas para representar a CONAB em eventos e reuniões com Prefeitos e Comissões responsáveis pelos Programas de Distribuição de Cestas; 2) o carro utilizado percorria elevada quilometragem mensal, precisava se deslocar para mais de 400 municípios; 3) não solicitava diárias de viagens porque na maioria das viagens, voltava para Recife no mesmo dia e possuía Vale Alimentação e o Combustível pago pela Companhia; 4) trabalhava, inclusive, em finais de semana; f) a multa por infração de trânsito recebida no Município de Ipojuca, em Porto de Galinhas, no dia 06.09.1998, domingo, foi lavrada quando o apelante estava em serviço/ reunião e havia participado no dia anterior de distribuição de cestas básicas no referido Município, fato comprovado desconsiderado pelo juiz. E, ao contrário do consignado na sentença, a referida municipalidade estava incluída no programa de emergência de distribuição de cestas básicas; g) o recolhimento do veículo à sede da empresa não era feito em razão de que a área que circunda a sede regional da CONAB, na cidade Recife-PE é área violenta; h) quanto à retirada da identificação lateral do veículo, aduz que não serve como meio de prova para comprovação de uso particular do veículo, e o retirou por questão de segurança, pois teve sua vida ameaçada por integrantes do Movimento sem Terra, quando deslocou-se para Palmares-PE, colocando apenas um adesivo no vidro dianteiro; i) ausência de dolo do apelante, ante inexistência de ação desonesta e impossi-

bilidade de condenação por improbidade administrativa. Segue argumentando neste sentido, requerendo, ao final, a reforma da sentença recorrida, no sentido de julgar improcedente a ação de improbidade administrativa. Apresentou os seguintes documentos: sentença da reclamação trabalhista que declarou a nulidade dos processos de sindicância n<sup>os</sup> 1463, 1466, 1650, 1664, 1665 e 1667, declarações municipais relativas à visita do apelante no exercício da função, Relatório de Distribuição de Cestas Básicas, com relação das cidades e datas, correspondências enviadas ao Presidente da CONAB acerca dos procedimentos de sindicância, fotos do apelante em municípios com veículo utilizado para deslocamento e fiscalização de distribuição de cestas básicas, sentença absolutória da ação criminal dos delitos tipificados nos arts. 312 e 327, § 2<sup>o</sup>, do CP e termo de ouvida de testemunha da acusação.

Foram apresentadas contrarrazões recursais, 944/956.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, opinando pelo não provimento do apelo, fls. 703/714.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Consoante relatado anteriormente, a hipótese é de apelação cível interposta por MANOEL ARAÚJO FILHO contra a sentença que, em ação de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, julgou parcialmente procedente o pedido formulado, reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa e condenando o apelante às penas de ressarcimento do dano, multa civil em valor correspondente ao dobro do valor do ressarcimento e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios direta ou indiretamente, pelo prazo de 5 anos.

Entendeu o magistrado que o réu, na qualidade de Superintendente Regional da CONAB - Companhia Nacional de Abastecimento, utilizou-se continuamente de veículo público, no caso, S-10/GM, placa KJD3445, pertencente à CONAB para fins particulares, entre os anos de 1998 e 2001, aproveitando-se do cargo exercido.

Compulsando os autos, verifico que a sentença submetida a esta Corte por força de recurso apelatório, deve ser mantida. Ao analisar a questão posta à apreciação judicial, o douto *decisum* recorrido decidiu a espécie dos autos, dentre outros, com os seguintes fundamentos:

I) DA DESNECESSIDADE DE PRÉVIA SINDICÂNCIA

Alega o réu, preliminarmente, a nulidade da sindicância realizada pela Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, já reconhecida pela Justiça do Trabalho, e, em decorrência, a ausência de condição de procedibilidade desta ação civil pública.

Entretanto, “compete ao Ministério Público facultativamente promover, ou não, o inquérito civil (§ 1º, art. 8º, Lei 7.347/85), procedimento administrativo e de caráter pré-processual, com atos e procedimentos extrajudiciais. Não é, pois, cogente ou impositivo, dependendo a sua necessidade, ou não, das provas ou quaisquer elementos informativos precedentemente coligidos. Existindo prévia demonstração hábil para o exercício responsável da ação civil pública, o alvitre do seu ajuizamento, ou não, é do Ministério Público, uma vez que o inquérito não é imprescindível, nem condição de procedibilidade (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp - 152447/MG, PRIMEIRA TURMA, Decisão: 28/08/2001, DJ DATA: 25/02/2002, PÁGINA: 203, Relator MILTON LUIZ PEREIRA).

Em síntese, “conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há falar-se na exigência de prévia instauração de procedimento administrativo à ação civil por improbidade administrativa (Precedentes: REsp nº 152.447/MG, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25.02.2002, RMS nº 11.537/MA, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 29.10.2001)” (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp - 956221/SP, PRIMEIRA TURMA, Decisão: 04/09/2007, DJ DATA: 08/10/2007, PÁGINA: 239, Relator FRANCISCO FALCÃO).

No caso concreto, ademais, registro que os vícios alegados pela parte ré não têm o condão de inutilizar, para fins probatórios, os documentos acostados à sindicância realizada pela CONAB.

De fato, a sentença proferida pela 17ª Vara do Trabalho em Recife/PE, no processo nº 550/2003-017-06-00-9, afastou a justa causa invocada para dispensa do réu, mas nos

seguintes termos:

Ultrapassado o resumo do relato das partes e analisando detidamente as questões postas pelo postulante, conclui-se que **apenas um dos fatos elencados pelo reclamante justifica o acolhimento de seu pedido.**

[...]

Foi proporcionada ao litigante a oportunidade de produzir a sua defesa e interpor recurso, conforme revela a farta documentação colecionada por ele ao caderno processual.

Não há notícias de que a reclamada tenha obstaculado a ação do demandante na fase de instrução. [...]

No tocante ao item 2 também não justifica o acolhimento do pedido porque, mesmo que não tenha sido notificado para contestar o valor dos supostos danos, a impugnação pode ser feita na fase recursal.

A arguição de suspeição dos membros das comissões sindicantes (item 8) só veio a ser apresentada, conforme revela a prova documental (vide fl. 655) quando da interposição do recurso, revelando-se extemporânea porque a fase ordinária de apuração já havia sido concluída.

[...]

No tocante **ao prazo máximo para conclusão da sindicância, realmente não foi observado pela demandada,** contrariando as regras criadas pela própria empresa que asseguram, ao empregado, o direito de a falta imputada ser apurada através de processo investigativo, no tempo fixado para a conclusão. (Fls. 239/241, grifei)

Esta sentença, como se percebe, não infirma a validade dos atos instrutórios praticados na sindicância, mas apenas critica sua excessiva duração, dela retirando consequências exclusivas para a órbita do direito laboral. Logo, perfeitamente apta a servir como prova dos fatos ora em análise.

## II) DA UTILIZAÇÃO IRREGULAR DO VEÍCULO OFICIAL (GM - S 10 - PLACAS KJD - 3445)

Não paira dúvida acerca da utilização do veículo GM - S 10 - Placas KJD 3445, pelo réu Manoel Araújo Filho, fora do horário normal de expediente.

Foi indagado aos vigilantes Jorge José da Costa, Jadeilton



Gomes da Silva, Marcos Roberto Santos Lima e Leonardo Alexandre Silveira da Cunha se “tanto no período noturno como nos diurnos de final de semana o citado veículo permanece estacionado no pátio interno da Superintendência Regional”. Todos responderam, de modo unânime, que não (fls. 25/28 - Anexo).

No mesmo sentido, o depoimento do motorista Carlos Alberto da Silva (fl. 168 - Anexo) e dos encarregados da SESEG Fernando Antônio Santos Fernandes e Reinaldo Leopoldino Cavalcante (fls. 170 e 173 - Anexo).

Os vigilantes Leonardo Alexandre Silveira da Cunha e Gutemberg de Lima Silva sequer tinham conhecimento que o veículo pertencia à CONAB, acreditando se tratar de carro particular do então Superintendente (fls. 28/30 - Anexo).

Em algumas passagens dos autos, diz-se que o veículo era “eventualmente” recolhido ao pátio interno da CONAB no período noturno (p. ex., depoimento do Gerente da GERAD, Sebastião Gonçalves Aciole de Farias, fl. 36 - Anexo). O Gerente Michel Macedo Cavalcanti, entretanto, esclareceu que a permanência do veículo na sede da empresa apenas ocorria nas viagens do Superintendente (fls. 41/42 - Anexo), fato corroborado pelo motorista Mário da Silva Lima (fl. 157 - Anexo, fls. 347/348).

Registro, por amor *veritatis*, que Michel Macedo Cavalcanti tentou se desdizer em seu depoimento judicial (fl. 345), mas diante de outras contradições entre tais manifestações, deixo de atribuir primazia ao pronunciamento colhido na audiência de instrução e julgamento.

Em seu depoimento, o réu afirmou que “regimentalmente o Superintendente tem autonomia para eventualmente poder utilizar o veículo nos seus vários deslocamentos e quando necessário pernoitar com o mesmo” (fl. 44 - Anexo), acrescentando que a guarda do veículo em sua casa ocorria “quando existem deslocamentos para reuniões ou viagens em que se chega no período já adiantado da hora” (fl. 45 - Anexo).

O depoimento sugere que não se tratava de fato frequente, o que restou desmentido pelos depoimentos das mencionadas testemunhas. E não é crível, outrossim, que o réu trabalhasse até altas horas **todos os dias da semana, inclusive nos sábados e domingos**, ao ponto de nunca recolher o veículo ao pátio interno da CONAB.

Este fato, por si só, representa irregularidade e indicia a

utilização do veículo para fins particulares.

Ademais, como atesta o Relatório de Auditoria Interna nº 22/99, era proibida a utilização de veículos para “transporte de empregado de sua residência para o seu local de trabalho e deste para a sua residência, exceção feita ao veículo de representação” (item 02.4.2, Da utilização e Controle de Veículos, fl. 162 - Anexo).

O réu manifestou ciência, em seu depoimento, de que a caminhonete GM/S-10 foi adquirida como **veículo de serviço e não veículo de representação** (fl. 44 - Anexo). Logo, tinha plena ciência da irregularidade de trajetos com destino ou partida em sua residência, o que denota uso particular (e, portanto, proibido) do veículo oficial.

### III) DA ELIMINAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DE USO DO VEÍCULO

Os autos demonstram, ainda, a conduta dolosa do réu no sentido de eliminar os mecanismos de controle do veículo oficial em comento. De um lado, proibiu o registro das entradas e saídas do veículo; de outro, suprimiu os adesivos que o identificavam como bem público, pertencente ao acervo da CONAB.

Quanto ao primeiro ponto, o réu afirmou em seu depoimento: “devido às várias saídas e entradas diárias do Superintendente não vejo necessidade do controle de entrada e saída” (fl. 44 - Anexo).

Não há dúvidas de que a ausência de registro decorreu de suas ordens. O Gerente da GERAD/GEFIC, Joaquim Geraldo de Araújo, afirmou textualmente que a dispensa decorreu “do livre arbítrio do senhor superintendente” (fl. 39 - Anexo). O motorista Ivo Severino de Arruda Pinto, que por vezes dirigia o veículo, afirmou que o réu lhe “disse que não precisava fazer várias requisições de saída do veículo” (fl. 175 - Anexo). Michel Macedo Cavalcanti, por fim, também informa que não havia controle “em virtude da hierarquia” (fl. 41 - Anexo).

Resta patente a ilegalidade dessa prática. Luís Roberto de Melo Freire, assistente da Superintendência, confirmou que o descaso no controle de entradas e saídas do veículo em questão “foi inserido em dois relatórios da AUDIN, tendo o depoente alertado ao Superintendente da necessidade de cumprir os normativos vigentes e que isso não ocorreu foi por decisão pessoal da citada autoridade” (*sic*, fl. 160 - Anexo).

Informa, ainda, que o Presidente da CONAB “enviou duas correspondências específicas ao Superintendente Regional baseadas no relatório AUDIN n° 22/99 solicitando o cumprimento das normas” (fl. 160 - Anexo). No mesmo sentido, confirmando que o assunto já foi alvo de relatórios de auditoria, há o depoimento do encarregado do SESEG Fernando Antônio Santos Fernandes (fl. 170 - Anexo).

Quanto ao segundo ponto, narra o réu em seu depoimento: “o veículo tem identificação não necessariamente na lateral no que também o regimento interno é omissivo e que a retirada do adesivo lateral se deu devido a um episódio ocorrido em 98, quando em deslocamento à cidade de Palmares (PE), foi abordado por uma barricada do MST, quando se notou a identificação da CONAB, órgão do Governo Federal, quase foi agredido” (fl. 43).

A defesa apresentada, entretanto, guarda duas inconsistências. *Primus*, se o adesivo colocado no vidro dianteiro do veículo fosse suficiente para identificá-lo como bem público pertencente à CONAB, em atendimento à legislação de regência, os seus condutores e passageiros permaneceriam sujeitos a agressões em barricadas e outros atos de protesto.

Em outros termos, se a retirada dos adesivos laterais decorreu do risco de incidentes, a sua substituição por outros meios de identificação igualmente eficazes seria absolutamente inócua. Nitidamente se conclui que o pequeno adesivo colocado na dianteira do veículo não tem a mesma eficácia dos adesivos laterais, o que dificulta o controle social sobre a utilização daquele bem público.

*Secundus*, consta dos autos que a fiscalização da distribuição de cestas básicas era realizada por servidores do quadro da CONAB, expostos, obviamente, ao mesmo risco alegado pelo réu (vide, p. ex., depoimentos de Michel Macedo Cavalcanti – fl. 344 e de Armando Sérgio Brito Alves – fl. 351). Não se compreende, então, a retirada dos adesivos laterais apenas do veículo utilizado por este, salvo se presumirmos o descaso do Superintendente com a integridade física dos demais servidores.

O argumento exposto por Michel Macedo Cavalcanti à fl. 344 igualmente não convence. Afirma o mencionado gerente que “poucas vezes era utilizado outro [veículo] para viagens”, pois “os técnicos normalmente utilizavam carro próprio”. Logo, em seguida, porém, contradiz-se, aduzin-

do que “os técnicos que utilizam os carros da CONAB eram aqueles que não tinham carro próprio” e que “existiam aproximadamente quatro carros e eram uns vinte técnicos” (fl. 345).

Neste mesmo sentido, Armando Sérgio Brito Alves informou que “a CONAB tinha apenas uns 5 ou 6 carros que não atendiam à demanda” (fl. 351). Ou seja, os demais veículos eram frequentemente utilizados pelos técnicos da entidade.

Em outros termos, quando percebeu que seu depoimento conduziria à submissão do Superintendente (que, reiterese, não possuía veículo de representação) às mesmas condições dos demais servidores (uso do carro próprio mediante ressarcimento de despesas), Michel Macedo Cavalcanti entrou em contradição. E não esclareceu, ainda assim, por que os carros destinados aos técnicos possuíam a identificação lateral.

Por fim, a ausência de adesivos laterais foi consignada no relatório AUDIN n° 22/99 (fl. 162 - Anexo) e na Comunicação Interna Circular n° 00638, firmada pelo Presidente da CONAB (fl. 163 - Anexo), o que confirma sua ilegalidade.

#### IV) DA UTILIZAÇÃO DO VEÍCULO EM CARÁTER PRIVADO: FERIADO EM PORTO DE GALINHAS

A maior evidência da utilização do veículo oficial para fins particulares consiste na Notificação de Infração lavrada pelo Departamento de Trânsito de Pernambuco - DETRAN/PE em 1 de outubro de 1998.

Consta da referida notificação que o veículo em comento estava “estacionado em desacordo com a regulamentação”, na Av. Beira Mar, Ipojuca/PE, às 15:27h do dia 06 de setembro de 1998 (fl. 177).

Em sua defesa, alega o réu que em 5 de setembro de 1998 se deslocou ao Município de São José da Coroa Grande, para participar da distribuição de cestas básicas. “No dia seguinte, 06.09.1998, o réu e o motorista deslocaram-se para o Município de Ipojuca, no distrito de Porto de Galinhas, para uma conversa com o Chefe de Gabinete da Prefeitura de Ipojuca, Sr. Rui do Rêgo Barros Rocha, para esclarecer e orientar as regras que deveriam ser seguidas para que o Município de Ipojuca recebesse a distribuição de cestas básicas através do programa de emergência” (fl. 205).

Neste sentido, também depôs Rui do Rego Barros Rocha: “informa que foi chefe de gabinete da prefeitura de Ipojuca e que em 1998 entrou em contato com o requerido para se informar sobre os critérios necessários para habilitação da prefeitura no Programa de Liberação de cestas básicas; que encontrou o requerido durante um almoço em um restaurante em Recife e acertou de encontrá-lo no final de semana seguinte em Ipojuca; [...] que convidou o requerido para almoçar em Porto de Galinhas na véspera do dia sete de setembro” (fl. 339).

Esta versão não me parece digna de fé.

Inicialmente é de se estranhar a designação de reunião de trabalho em pleno feriado de sete de setembro, na beira mar de um dos destinos turísticos mais freqüentados do Estado, longe da sede do Município. Mais estranho ainda que tal reunião se estendesse até 15:27h, hora em que foi detectada a infração às leis de trânsito.

Por outro lado, não me parece crível discutir-se a inclusão de Ipojuca/PE no Programa de Emergência e Combate à Seca, realizado nos idos de 1998, pois a mencionada urbe não foi atingida pelos efeitos deletérios do clima e, ao que tudo indica, sequer chegou a decretar estado de emergência.

Basta observar, neste aspecto, que na vasta documentação de fls. 437/666, relativa aos atendimentos em 1998, em momento algum se registra qualquer atividade em Ipojuca/PE. Vale a pena destacar que a documentação se encontra completa, questionando-se às fls. 694/695 apenas o acervo relativo aos anos seguintes.

#### V) DA EXCESSIVA RODAGEM DO VEÍCULO

Consoante relato da exordial, fundamentado no demonstrativo de quilometragem de fl. 147 (Anexo), o veículo oficial rodou em média 133,5 Km/dia nos anos de 1998 a 2001.

Em sua defesa, o réu declarou à Comissão de Sindicância: “que a função do superintendente além de ser gerencial é uma função de representatividade do órgão na sua jurisdição o que o obriga, devido à função, a vários deslocamentos não só dentro da cidade do Recife (PE), como o atendimento às várias demandas advindas do interior” (fl. 43 - Anexo).

O Ministério Público Federal, entretanto, rebate o argumento, aduzindo que no período em comento o réu perce-

beu apenas 29 adiantamentos a título de despesas com alimentação e hospedagem, sendo manifesta a desproporção entre este montante e o elevado número de viagens alegadas.

Por fim, redarguiu o réu, informando que em vários deslocamentos “voltava no mesmo dia para o Recife, o que fazia com o que o mesmo não solicitasse diárias de viagens” (fl. 203).

A prova dos autos demonstra, mais uma vez, a inveracidade das assertivas do réu. Por um lado, mesmo em deslocamentos curtos, nos quais a partida e o retorno ocorriam na mesma data, o então Superintendente requeria adiantamentos de despesas. Basta observar, por exemplo, os documentos de fl. 386 (viagem a João Pessoa/PB, ida e volta em 22 de setembro de 1999, adiantamento de quarenta reais) e 667 (viagem a Coremas/PB, ida e volta em 2 de julho de 1998, adiantamento de trinta e cinco reais).

Por outro lado, o próprio réu afirmou que “viajava em média três vezes por mês e que os deslocamentos aumentaram com a emergência seca” (fl. 353), complementando em seguida “que ordinariamente ficava quatro dias ou cinco dias da semana na sede” (fl. 355).

De fato, como depôs Michel Macedo Cavalcanti, Gerente da GERAD/GEFIC, “a maioria das vezes o Superintendente tem reuniões na SUDENE, na Secretaria de Produção Rural, no Ministério da Agricultura” (fl. 41 - Anexo), ou seja, em bairros próximos à sede da CONAB.

Por fim, destaco que nem sempre o réu utilizava o veículo oficial em seus deslocamentos mais longos, como se verifica, *verbi gratia*, à fl. 685, que noticia viagem a Maceió/AL, em 24 de março de 1998, pela via aérea.

Em síntese, o grande volume de quilômetros rodados pelo veículo oficial não se justifica pelos deslocamentos alegados na peça de defesa, em face da pequena quantidade de viagens comprovadas nos autos.

#### VI) DA LOCAÇÃO DE VEÍCULO PARA USO PRÓPRIO

Consta no Relatório AUDIN n° 22/99, a determinação endereçada ao Superintendente no sentido de “não mais locar carro quando veículo GM/S10 ir para revisão, face a frota de veículos da superintendência ser suficiente para atender todas as suas necessidades” (*sic*, fl. 162 - Anexo).

Em sua defesa, alega o réu: “a única vez que realizou uma locação de veículos foi quando em viagem para Esperança/PB, para verificação de distribuição de cestas básicas, a caminhonete que utilizava quebrou, tendo a mesma sido rebocada para a concessionária Chevrolet em Campina Grande” (fl. 200).

Esta informação, porém, é desmentida pela própria resposta do Superintendente ao Presidente da CONAB, mediante a Comunicação Interna nº 4.149: “cabe esclarecer que as citadas locações ocorreram em ocasiões em que o Superintendente necessitou se deslocar em viagens a serviço e não havia veículos da companhia em disponibilidade” (fl. 166 - Anexo).

A utilização do plural já infirma a peça de defesa, esclarecendo a existência de mais de um contrato de locação.

De qualquer modo, observo que o acervo probatório produzido nestes autos não deu ênfase a esta questão. Não há provas acerca: a) do número de contratos de locação de veículos; b) da duração destes contratos; c) do valor despendido pela empresa pública; d) das efetivas condições em que foram utilizados os veículos locados.

Os depoimentos colhidos nestes autos, bem como os documentos a eles acostados, descrevem suficientemente o contexto no qual foi utilizada a caminhonete GM/ S-10, mas silenciam sobre outros veículos.

A utilização irregular dos veículos locados, enfim, apenas poderia ser afirmada mediante processos presuntivos, que não se compatibilizam com as garantias constitucionais.

#### V) SÍNTESE CONCLUSIVA

Os atos cometidos pelo réu Manoel Araújo Filho enquadraram-se, portanto, na dicção do art. 9º, II, e no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o

trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...]

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Afasto a subsunção do caso concreto ao inciso XI do dispositivo, como requerido na atrial, pois o réu não incorporou o veículo, em caráter definitivo, ao seu patrimônio, apenas o utilizou em condições irregulares.

No que tange ao elemento subjetivo, entendo nitidamente caracterizado o dolo do agente, vislumbrado nos vários artifícios destinados a suprimir o controle sobre a utilização do veículo, mesmo depois de admoestado pela Auditoria Interna e pela Presidência da CONAB acerca das irregularidades praticadas.

Cumpra, nesse passo, proceder à aplicação da penalidade, em atenção ao disposto no art. 12, I, da Lei nº 8.429/92, abaixo colacionado:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

O comando legal não implica a aplicação *in totum* das penalidades arroladas, reservando-se ao magistrado a respectiva dosimetria, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e ao espírito de equidade que ordenam todo o sistema.

Como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, “é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa” (REsp 626.204/



RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 06.09.2007 p. 194, no mesmo sentido, REsp 713.537/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.10.2007, DJ 22.11.2007, p. 188).

No caso concreto, não foram acrescidos bens ou valores ao patrimônio do réu em face dos atos de improbidade e este já restou afastado da função pública dantes exercida. Quanto ao ressarcimento do dano, consta dos autos que os veículos da CONAB, na época dos fatos em apuração, rodavam cerca de 70 km/dia, em condições normais (fl. 168 - Anexo). Logo, impõe-se o ressarcimento do excedente, observados os parâmetros médios de consumo de combustível fixados no demonstrativo de fl. 147, acrescido de juros e correção monetária.

Deixo de suspender os direitos políticos do réu por entender que tal medida, em face do princípio democrático, está reservada a casos de maior gravidade. Em juízo de equidade, condeno o réu em multa equivalente ao dobro do valor a ser ressarcido ao Erário

Aplico, por fim, a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

*Ex positís*, julgo parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa e condenando o réu Manoel Araújo Filho às penas de ressarcimento do dano; multa civil em valor correspondente ao dobro do valor do ressarcimento e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Os montantes do ressarcimento ao erário e da multa civil deverá ser atualizado de acordo com o Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal, computando-se juros de 0,5% (meio por cento), a incidir a partir da data desta sentença.

Porém, a fim de esclarecer o posicionamento tomado por este Relator, necessário também analisar algumas das razões recursais do apelante.

Inicialmente, aduziu o recorrente que a sentença se embasou em processo de sindicância administrativa eivada de vícios. É ve-

rídica a afirmação, porém, o magistrado ressaltou que a sentença proferida na vara trabalhista que afastou a justa causa para dispensa do réu não infirma a validade dos atos instrutórios praticados na sindicância, mas apenas critica sua excessiva duração, dela retirando-se consequências exclusivas para o direito laboral, sendo hábil a servir de prova dos fatos em questão.

Assim, depoimentos, provas documentais constantes do referido processo administrativo não foram maculados pelas pechas da referida sindicância, podendo servir de instrumento hábil ao convencimento do magistrado, juntamente com as provas carreadas durante o decorrer da instrução.

De qualquer forma, como ressaltou o MPF, perde em importância a invocação de vícios inerentes ao processo administrativo em questão, vez que o órgão ministerial deflagrou a ação de improbidade administrativa a partir de formalização própria, vez que o inquérito civil público é ferramenta facultada – e não cogente – para a propositura da ação de improbidade administrativa.

Ademais, no tocante ao referido tema, o STJ já decidiu que: “Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há falar-se na exigência de prévia instauração de procedimento administrativo à ação civil por improbidade administrativa”. Precedentes: REsp nº 152.447/MG, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, *DJ* de 25.02.2002, RMS nº 11.537/MA, Rel. Min. ELIANA CALMON, *DJ* de 29.10.2001, REsp 200701209488, *DJ* 08/10/2007.

No que tange à utilização do veículo S-10/GM, placa KJD3445, pertencente à CONAB para fins particulares, entre os anos de 1998 e 2001, analisando o conjunto probatório acostado aos autos, verifica-se que restou configurada a utilização ilegal. Constata-se que o apelante utilizava ilimitadamente o veículo em questão, em situação tal que chegou até a confundir testemunhas a respeito da propriedade do mesmo. Restou inconteste que o recorrente dispunha do carro durante os dias de trabalho semanais, independente da hora, bem como nos finais de semana, fora do horário normal de expediente.

A retirada de adesivos laterais, mais ostensivos, e a colocação de adesivo dianteiro indica a intenção deliberada de omitir/ofuscar a verdadeira titularidade do bem, e, ao mesmo tempo, deixar

indicativo, mesmo que sutil, de que o bem é de propriedade da Empresa Pública em questão, para qualquer eventualidade de que precisasse se defender.

O fato de não se submeter ao registro que controla a entrada e a saída, apesar de devidamente informado da necessidade de tal atitude, e alertado para regularizar a utilização do veículo, só assevera o entendimento de que o recorrente pouco se importava com o protocolo e estava disposto a utilizar o bem ao seu livre alvedrio.

A alegação de que o apelante não realizava o recolhimento do veículo à sede da CONAB, tendo em vista que a mesma localizava-se em área violenta não se justifica. A não devolução, quando finalizado o uso do bem para fins de serviço, implica posse irregular. Ademais, se como asseverou o apelante, este podia trabalhar nos dias normais da semana, bem como fins de semana, a não devolução acarretava, conseqüentemente, a posse durante período integral do bem da CONAB.

Assevere-se que, no que tange à quilometragem do automóvel, restou constatada a rodagem excessiva, pois fez, durante os anos de 1998 a 2001, o *quantum* de 133,5 km por dia. O recorrente procurou defender-se alegando a necessidade do serviço, ante o desempenho de sua função. No entanto, recebeu ínfimos adiantamentos a título de despesas que justificassem a rodagem diária e total, apresentando-se irrazoável o relato de que não solicitava todas as diárias de viagens.

Verifica-se, então, que toda a conduta do apelante foi pautada no dolo, tendo em vista que tinha plena consciência de suas atitudes, com utilização de artifícios destinados a suprimir controle de fiscalização, bem como na prática de irregularidades.

Aduz o recorrente que a multa por infração de trânsito recebida no Município de Ipojuca, em Porto de Galinhas, no dia 06.09.1998, domingo, foi lavrada quando o apelante estava em serviço/reunião e havia participado no dia anterior de distribuição de cestas básicas no referido Município. Ocorre que, no calendário de distribuição de cestas básicas, o dia previsto era 04.09.98 e não 05.09.1998, como aduz o Insurgente. E mesmo que o Recorrente tivesse pernoitado no município, de se estranhar a manutenção na posse do carro do dia 04.09.98 ao dia 06.09.98, bem como existência de

reunião para tratar de trabalho em dia de domingo. Porém, tal entendimento seria aceitável e até razoável se outros elementos e provas do processo não apontassem para o uso irregular do veículo em questão.

Por fim, os documentos anexados em sede de apelação (sentença da reclamação trabalhista que declarou a nulidade dos processos de sindicância nºs 1463,1466,1650,1664,1665 e 1667, declarações municipais relativas à visita do apelante no exercício da função, Relatório de Distribuição de Cestas Básicas, com relação das cidades e datas, Correspondências enviadas ao Presidente da CONAB acerca dos procedimentos de sindicância, fotos do Apelante em municípios com veículo utilizado para deslocamento e fiscalização de distribuição de cestas básicas, sentença absoluta da ação criminal dos delitos tipificados nos arts. 312 e 327, 2º, do CP e termo de ouvida de testemunha da acusação) não tem o condão de infirmar a prova carreada em sede de instrução, bem como as razões aduzidas pelo magistrado e MPF e o juízo de convencimento deste Relator.

O Ministério Público Federal ofertou Parecer que consagra entendimento irreprochável acerca da matéria ora em questão, consoante fundamentação a seguir (excertos):

Todos os depoentes confirmam o fato de que o réu utilizava o veículo da CONAB fora do horário regular de expediente e, como bem assentado na sentença recorrida, “não é crível, outrossim, que o réu trabalhasse até altas horas todos os dias da semana, inclusive nos sábados e domingos, ao ponto de nunca recolher o veículo ao pátio interno da CONAB”.

Tal fato que, por si só, já constitui irregularidade, aliado à supressão dos mecanismos de controle de entrada e saída do veículo, constitui infração das Normas de Organização da CONAB (Código 60.205), tendo sido o apelante, por reiteradas vezes, alertado para regularizar a utilização do veículo, conforme se depreende do Relatório de Auditoria Interna nº 22/99 (fl. 162 do Anexo) e do depoimento do Assistente de Superintendência Luis Roberto de Melo Freire:

... perguntado se tem conhecimento se há controle diário do citado veículo, nas entradas e saídas, pela Porta-

ria, respondeu que: não há controle e que este assunto já foi inserido em dois relatórios da AUDIN tendo o DE-POENTE alertado ao Superintendente da necessidade de cumprir os normativos vigentes e que isso não ocorreu foi por decisão pessoal da citada autoridade. Que, quando Gerente da GERAD, em razão da situação permanecer como antes, determinou ao responsável pelo controle de veículos que os controles diários pertinentes fossem efetuados pelo senhor Ivo Severino, então motorista destacado para conduzir o veículo da Superintendência. Que se recorda de que o próprio Presidente da CONAB enviou duas correspondências específicas ao Superintendente Regional baseados no relatório AUDIN nº 22/99 solicitando o cumprimento das normas, tendo as mesmas sido respondidas e permanecendo a mesma situação.

Outrossim, foi suprimido outro mecanismo de controle do uso do automóvel, qual seja, os adesivos que identificavam o bem como público fixados na lateral da caminhonete. Em sua defesa, afirma o apelante que os referidos adesivos foram substituídos por outros, menores, colocados no vidro dianteiro do veículo, por questões de segurança, após incidente em viagem ao Município de Palmares (PE), quando o Superintendente e outros funcionários da CONAB que estavam nos veículos foram abordados e ameaçados por integrantes do MST.

Em que pese a plausibilidade dos argumentos expostos para justificar a descaracterização do automóvel, cumpre reconhecer as inconsistências apontadas pela sentença hostilizada:

*Primus*, se o adesivo colocado no vidro dianteiro do veículo fosse suficiente para identificá-lo como bem público pertencente à CONAB, em atendimento à legislação de regência, os seus condutores e passageiros permaneceriam sujeitos a agressões em barricadas e outros atos de protesto.

(...)

*Secundus*, consta dos autos que a fiscalização da distribuição de cestas básicas era realizada por servidores do quadro da CONAB, expostos, obviamente, ao mesmo risco alegado pelo réu (vide, p. ex., depoimento de Michel Macedo Cavalcanti – fl. 344 e de Armando Sérgio

Brito Alves – fl. 351). Não se compreende, então, a retirada dos adesivos laterais apenas do veículo utilizado por este, salvo se presumirmos o descaso do Superintendente com a integridade física dos demais servidores.

Além disso, no já referido Relatório de Auditoria Interna nº 22/99, consta expressa recomendação à Presidência da CONAB no sentido de reiterar orientação já espessada na Comunicação Interna nº 00638 de 12/07/99, a respeito do controle do uso dos veículos (fls. 163 do anexo):

Reitero a obrigatoriedade de cumprir as Normas da Organização, especificamente quanto aos veículos de serviço da Companhia estarem **identificados com a logomarca, conforme o modelo constante das Normas.** (Destaquei)

Verifica-se, desse modo, que o apelante fora advertido, por diversas vezes, das irregularidades envolvendo a utilização do veículo de serviço, não tomando quaisquer providências no sentido de adequar os procedimentos adotados na Superintendência Regional às disposições das Normas de Organização e às orientações da Presidência. Outro fato que robustece a tese da utilização do bem público para fins particulares é a multa aplicada ao veículo por estar estacionado em desacordo com as normas reguladoras, no domingo 06/09/1998, véspera do feriado da Independência, na praia de Porto de Galinhas, balneário próximo a esta Capital.

Em sua defesa, o apelante alega que, após ter distribuído alimentos na cidade pernambucana de São José da Coroa Grande no dia 05/09/1998, participou de reunião com o Chefe de Gabinete da Prefeitura de Ipojuca/PE, o Sr. Rui do Rêgo Barros Rocha para elucidar dúvidas e orientar o funcionário daquela municipalidade sobre a possibilidade de participação em programa de emergência para fornecimento de cestas básicas, o que foi confirmado por este, em depoimento em juízo.

Outrossim, a excessiva quilometragem registrada pela caminhonete GM S/10 não se coaduna com as atividades desempenhadas pelo Superintendente Regional, mesmo a se considerar a totalidade de viagens para fiscalização e distribuição de cestas básicas. De fato, conforme o de-

monstrativo de quilometragem (fl. 147 do anexo), no período compreendido entre os anos de 1998 e 2001, o automóvel rodou, em média 133,5 km por dia.

Defende-se o apelante afirmando que cabia à Superintendência Regional fiscalizar mais de quatrocentos municípios, razão pela qual frequentemente precisava se deslocar para cidades localizadas no interior do Estado, para fiscalizar a aplicação do Programa de Emergência. Alega, ainda, que, na maioria das viagens, retornava no mesmo dia para Recife, “o que fazia com que o mesmo não solicitasse diárias de viagens, pois possuía Vale Alimentação e o Combustível era pago pela Companhia”.

As provas dos autos, contudo, atestam o contrário. À fl. 386 consta a solicitação de adiantamento de despesa para viagem ao município de João Pessoa-PB no dia 22 de setembro de 1999, com retorno no mesmo dia, tendo o apelante recebido o equivalente a meia diária. À fl. 667, consta solicitação de adiantamento, no valor de trinta e cinco reais, para viagem à cidade de Coremas-PB, com ida e volta no dia 02 de julho de 1998.

Nesse sentido, é possível concluir que o apelante solicitava adiantamento de despesas mesmo nos deslocamentos com retorno previsto para o mesmo dia. Ademais, o próprio apelante afirmou, em seu depoimento às fls. 353-356 que “viajava em média três vezes por mês e que os deslocamentos aumentaram com a emergência da seca (...) que ordinariamente ficava quatro ou cinco dias na sede”. Dito por outras palavras: a se considerar a pequena quantidade de viagens comprovadas nos autos e os deslocamentos efetuados na própria região metropolitana da cidade do Recife-PE para reuniões na SUDENE e no Ministério da Agricultura, não há como justificar o imenso volume de quilômetros percorridos pelo veículo durante o período em que foi utilizado pelo apelante.

Para finalizar, uma observação. Não se está a tratar de um agente político, incrustado na cadeia mais sobranceira da hierarquia funcional, para o qual é dado utilizar veículos de representação, em menor ou maior grau, conforme disciplinamento de cada órgão ou poder, de que é exemplo, no executivo federal, o Decreto nº 6.403, de 17 de março de 2008. Aqui, ao contrário, por se tratar de um dirigente de um ente paraestatal que se submete ao crivo do seu controlador, por isso mesmo se aplica, em sua inteireza, a

noção que advém desde o Decreto nº 99.188, de 17.03.1990, no que o seu art. 8º, antes de recomendar o uso indiscriminado de sua frota automotiva, foi peremptório em recomendar essa desvinculação utilitária a partir da venda do próprio bem, conforme assim sugere o seu teor: “as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela união, alienarão, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação deste decreto, todos os veículos terrestres automotores destinados ao transporte dos respectivos administradores”.

Por fim, de se acrescentar que o magistrado singular entendeu que o caso em questão se enquadrava nos incisos IV e XII do art. 9º da Lei 8.429/92, cujo teor é o seguinte:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, aduziu que no caso do inc. IV exige-se uma especificidade em termos da obra ou serviço particular a que o agente ímprobo visou beneficiar com o desvirtuamento do bem à sua disposição – o que não foi levado em conta na ação e na sentença condenatória –, diferentemente daquela primeira situação do inc. XII, onde o tipo é mais abrangente, bastando o desvio patrimonial para outro fim, que não aquele que se recomenda o interesse público, de cuja exclusão advém a conclusão de que se deu em proveito pessoal.

Porém, afirmou que tal fato perde em importância, na medida em que basta uma só configuração em um dos incisos do art. 9º



mencionado, para daí se eclodir em menor ou maior grau, aquelas penas constantes do art. 12, I, da Lei nº 8.429/92.

Entendo que a capitulação aduzida pelo Ministério Público deve prevalecer. No entanto, mantenho a condenação propugnada pelo magistrado singular. A questão da capitulação não interfere a ponto de se modificar a conduta reprochável do apelante. Pelo contrário, é a conduta que interfere na capitulação.

À vista das razões acima declinadas, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 444.280-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: LULIANA MARIA DE OLIVEIRA  
Adv./Proc.: DR. LUIZ ANTONIO DA SILVA (APDA.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. RATEAMENTO DO BENEFÍCIO ENTRE A VIÚVA E FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO. POSSIBILIDADE. HABILITAÇÃO NÃO EFETIVADA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO NO VALOR INTEGRAL. REFORMA DA SENTENÇA NO QUE DIZ RESPEITO AOS JUROS DE MORA INSERIDOS NAS DIFERENÇAS.***

***- Ação ordinária onde a viúva de militar visa ao restabelecimento dos valores integrais a título de pensão por morte de militar, tendo em vista a União ter rateado a sua pensão com a filha do militar, havida fora do casamento.***

***- Tendo o falecimento do instituidor da pensão ocorrido em 17 de dezembro de 2002, deve-se aplicar os arts. 7º e 9º da Lei nº 3.765/60 (com redação dada pela Medida Provisória nº 2215-10/2001) à hipótese, leis em vigor na data do óbito do de cujus, que dispõem acerca da habilitação***

**e condição da pensão militar.**

**- In casu, a autora é pensionista militar, desde o óbito do seu esposo (17.12.2002), ex-militar da Força Aérea Brasileira – Comando da Aeronáutica, percebendo desde o início a pensão integral a ela devida, porém, a partir de outubro de 2003 a referida pensão passou a ser rateada com a dita suposta filha do de cujus – Maria José de Oliveira.**

**- Conforme os artigos 7º e 9º da Lei nº 3.765/60, verifica-se a possibilidade dos filhos/enteados ou menor sob guarda ratearem com a viúva a pensão militar, cabendo a esta a metade da pensão rateada e a outra metade a ser dividida entre eles (filhos/enteados ou menor sob guarda), desde que se trate de menor de 21 (vinte e um) anos de idade, ou quando universitários contem até 24 (vinte e quatro) anos, e na hipótese de invalidez de um destes, enquanto durar a invalidez. Porém, para que a pensão seja concedida a um destes dependentes, se faz necessária a habilitação dos mesmos.**

**- Os documentos acostados pela parte apelante demonstram que, de fato o instituidor da pensão em tela, quando em vida, declarou a existência de outros dois filhos, a saber: Antônio José de Oliveira e Maria José de Oliveira, havidos com a Sra. Antônia José dos Santos e nascidos, respectivamente, em 23/01/1954 e 12/06/1955, porém, muito embora rateada a pensão por morte a favor da filha do instituidor – Maria José de Oliveira – não ficou provado nos autos que a referida filha requereu a habilitação a tal benefício, nem que tenha a União passado a pagar o benefício a partir do rateio da pensão.**

**- Não é admissível reserva de cota-parte de pensão, nos termos da Lei regimental supracitada, deve-se, então, reconhecer o direito da autora ao restabelecimento da pensão, no seu valor inte-**

**gral, bem como o direito às diferenças dos valores desde o rateio realizado pelo órgão pagador.**

**- Deve-se salientar, ainda, que, caso tivesse a citada filha requerido a sua habilitação, caberia à União averiguar se a mesma se enquadrava nas exigências previstas no art. 7º, I, d, da Lei nº 3.765/60, redigido pela MP nº 2215-10-2001, antes de ratear o benefício em questão.**

**- Quanto aos juros de mora, observe-se que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5% (meio por cento) ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Todavia, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu alteração em junho de 2009, quando foi fixado novo critério de reajuste e incidência de juros de mora, o qual deve ser aplicado na elaboração da conta, a partir do mês de julho de 2009, como preceitua o art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Sendo assim, os juros de mora devem ser de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.**

**- Apelação e remessa parcialmente providas, para reformar a sentença, apenas, quanto aos juros de mora.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de abril de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta pela União Federal, em face da sentença (fls. 102/105) proferida pelo Juiz Federal Francisco de Barros e Silva Neto, da 21ª Vara Federal de Pernambuco, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a União ao restabelecimento do pagamento integral da pensão percebida pela autora, bem como ao pagamento dos valores retidos desde a data do início do rateio, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Nas razões do recurso a apelante alega que, conforme o Ofício nº 096/IPCI-2/941, juntado aos autos, o instituidor da pensão em tela, quando em vida, declarou a existência de outros dois filhos, a saber: Antônio José de Oliveira e Maria José de Oliveira, havidos com a Sra. Antônia José dos Santos e nascidos, respectivamente, em 23/01/54 e 12/06/55. Aduz que a Lei nº 3.765/60, vigente à época do óbito do instituidor, estabelece que quando o contribuinte, além da viúva, deixar filhos do matrimônio anterior ou de outro leito, metade da pensão pertencerá à viúva, enquanto que a outra metade deverá ser rateada, igualmente, entre os filhos habilitados. Argumenta que, a simples alegação autoral de desconhecimento do nascimento da suposta filha, além de ser frágil, não tem o condão de desconstituir um documento que goza de fé pública. Acrescenta que, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, os juros de mora não podem ultrapassar a 6% (seis por cento) ao ano. Requer, no final, o provimento da presente apelação.

Contrarrazões apresentadas às fls. 136/138.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Conforme sumariado, trata-se de apelação, em face da sentença que condenou a União ao restabelecimento do pagamento

integral da pensão percebida pela autora, bem como ao pagamento dos valores retidos desde a data do início do rateio, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Sobre os possíveis beneficiários e suas habilitações em pensão militar, o artigo 7º da Lei nº 3.765/60, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2215-10/2001 estabelece que a referida pensão é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade, estabelecida pelos incisos I, II e III do referido artigo, *in verbis*:

I - primeira ordem de prioridade:

a) cônjuge;

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar;

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia;

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

II - segunda ordem de prioridade: a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do militar;

III - terceira ordem de prioridade:

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

b) a pessoa designada, até vinte e um anos de idade, se inválida, enquanto durar a invalidez, ou maior de sessenta anos de idade, que vivam na dependência econômica do militar.

Sobre as condições da concessão da pensão militar, os §§ 1º, 2º e 3º assim estabelecem:

§ 1º A concessão da pensão aos beneficiários de que tratam o inciso I, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, exclui desse direito os beneficiários referidos nos incisos II e III.

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiá-

rios do inciso I, alíneas *a* e *b*, ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas *a* e *c* ou *b* e *c*, legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas *d* e *e*.

§ 3º Ocorrendo a exceção do § 2º, metade do valor caberá aos beneficiários do inciso I, alíneas *a* e *c* ou *b* e *c*, sendo a outra metade do valor da pensão rateada, em partes iguais, entre os beneficiários do inciso I, alíneas *d* e *e*.

Deve-se salientar, ainda, que, conforme o art. 9º da Lei nº 3.765/60, também alterado pela Medida Provisória nº 2215-10/2001, a habilitação obedecerá à ordem de preferência estabelecida no artigo supracitado, na forma dos parágrafos §§ 1º, 2º e 3º, *in verbis*:

§ 1º O beneficiário será habilitado com a pensão integral; no caso de mais de um com a mesma precedência, a pensão será repartida igualmente entre eles, ressalvadas as hipóteses dos §§ 2º e 3º seguintes.

§ 2º Quando o contribuinte, além da viúva, deixar filhos do matrimônio anterior ou de outro leito, metade da pensão respectiva pertencerá à viúva, sendo a outra metade distribuída igualmente entre os filhos habilitados na conformidade desta lei.

§ 3º Se houver, também, filhos do contribuinte com a viúva ou fora do matrimônio reconhecidos estes na forma da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 metade da pensão será dividida entre todos os filhos, adicionando-se à metade da viúva as cotas-parte dos seus filhos.

Compulsando os autos observo que o óbito do instituidor da pensão se deu 17 de dezembro de 2002 (fls. 15/16), ou seja, quando já se encontrava em vigor os arts. 7º e 9º da Lei nº Lei nº 3.765/60, com redação dada pela Medida Provisória nº 2215-10/2001, que dispõe acerca da habilitação e condições da pensão militar, conforme acima já transcrito.

Não resta dúvida, portanto, que a pensão em tela a ser deferida será com base nas normas supratranscritas, e que é esta a legislação aplicável ao caso concreto, onde se está a questionar sobre a possibilidade de restabelecimento da pensão militar em sua forma integral.

*In casu*, a autora é pensionista militar, desde o óbito do seu esposo (17.12.2002), ex-militar da Força Aérea Brasileira - Coman-

do da Aeronáutica, percebendo desde o início a pensão integral a ela devida, porém, a partir de outubro de 2003 a referida pensão passou a ser rateada com a dita suposta filha do *de cujus* – Maria José de Oliveira.

A autora não conformada com redução do valor da pensão, ajuizou a presente ação pretendendo a suspensão do rateio efetuado, bem como o pagamento dos valores retidos em face do rateio, tendo em vista que em momento algum tomou conhecimento da existência de filhos do seu esposo, fora do casamento, e, por não ter havido qualquer requerimento administrativo para tal habilitação.

Conforme a Lei de regência supracitada, verifica-se a possibilidade dos filhos/enteados ou menor sob guarda ratearem com a viúva a pensão militar, cabendo a esta a metade da pensão rateada e a outra metade a ser dividida entre eles, desde que se trate de menor de 21 (vinte e um) anos de idade, ou quando universitários conte até 24 (vinte e quatro) anos, e na hipótese de invalidez de um destes, enquanto durar a invalidez. Porém, para que a pensão seja concedida a um destes dependentes, se faz necessária a habilitação dos mesmos.

*In casu*, os documentos acostados pela parte apelante às fls. 45/57 demonstram que, de fato o instituidor da pensão em tela, quando em vida, declarou a existência de outros dois filhos, a saber: Antônio José de Oliveira e Maria José de Oliveira, havidos com a Sra. Antônia José dos Santos e nascidos, respectivamente, em 23/01/1954 e 12/06/1955, porém, muito embora rateada a pensão por morte a favor da filha do instituidor – Maria José de Oliveira – não ficou provado nos autos que a referida filha requereu a habilitação a tal benefício, nem que tenha a União passado a pagar o benefício a partir do rateio da pensão.

Ademais, caso tivesse Maria José de Oliveira requerido a sua habilitação caberia à União averiguar se a mesma se enquadrava nas exigências previstas no art. 7º, I, d, da Lei nº 3.765/60, redigido pela MP nº 2215-10-2001, antes de ratear o benefício devido à autora.

Considerando que não é admissível reserva de cota-parte de pensão, nos termos dos dispositivos da Medida Provisória nº 2215-

10/2001, deve-se reconhecer o direito da autora ao restabelecimento da pensão, no seu valor integral, bem como o direito às diferenças dos valores desde o rateio realizado pelo órgão pagador.

Quanto aos juros de mora, observe-se que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5% (meio por cento) ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Todavia, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu alteração em junho de 2009, quando foi fixado novo critério de reajuste e incidência de juros de mora, o qual deve ser aplicado na elaboração da conta, a partir do mês de julho de 2009, como preceitua o art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Sendo assim, os juros de mora devem ser de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para modificar a sentença quanto aos juros de mora.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 468.255-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelada: ATLÂNTIDA PARTICIPAÇÕES, INCORPORAÇÕES E ADMINISTRAÇÕES LTDA  
Adv./Proc.: DR. ANTONIO CARLOS COSTA SILVA (APDA.)

***EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CONTRA COBRANÇA DE TAXAS DE OCUPAÇÃO, FORO ANUAL, MULTAS, LAUDÊMIOS ETC. TERRENO OUTRORA TIDO COMO “NÃO DE MARI-NHA”, SUBMETIDO A POSTERIOR RECLASSIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EDITALÍCIO. VALIDADE, AINDA QUE TAL DECI-***



**SÃO SEJA, COMO É, SINDICÁVEL JUDICIALMENTE. CERCEAMENTO, PORÉM, EM JUÍZO, DO DIREITO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA INSTRUÇÃO.**

**- Nada impede que determinado imóvel, outrora tido como “não de marinha”, passasse, mercê de reclassificação, a ser tratado como tal (assim ensejando cobranças de taxas de ocupação); atos administrativos podem, é cediço, sofrer anulação - inclusive encetada pela própria administração.**

**- Na hipótese dos autos, levando-se em consideração a quantidade de imóveis envolvidos na apuração (informação que somente agora, por ocasião do apelo, veio ao conhecimento do TRF), restava impossível a adoção de intimações pessoais (em relação a todos os proprietários que desejassem opor algum tipo de resistência), daí por que finda amplamente justificado o expediente da provocação editalícia; procedimentos do poder público devem ser pautados pela eficiência (CF, art. 37, caput) e celeridade (CF, art. 5º LXXVIII), sendo certa a necessidade de harmonizá-las à luz da razoabilidade e, claro, da proporcionalidade (qual formulado in casu).**

**- Não se olvida, sem embargo, a possibilidade de ser sindicada judicialmente a novel classificação; para tanto, e considerando os documentos indicando a mudança do tratamento dispensado pela administração ao imóvel especificamente controvertido, seria indispensável a realização de perícia, mais ainda porquanto os litigantes protestaram pela produção de todos os meios de prova.**

**- Numa palavra: ainda queda saber sobre a linha da maré e o posicionamento do terreno relativamente a si, donde o equívoco na realização de julgamento antecipado da lide; sentença anulada, com devolução dos autos à primeira instân-**

***cia para reabrir a instrução.  
- Apelação e remessa oficial parcialmente provi-  
das.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 6 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO em face de sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Alagoas, que julgou procedentes os pedidos autorais, e daí haver declarado a nulidade do processo administrativo de nº 10465.001518/96-63, mantendo como “não de marinha” os imóveis controvertidos<sup>1</sup> (até com determinação para que o cartório de imóveis competente faça expurgar, das respectivas matrículas, referências como “terrenos de marinha e acrescidos” e “de propriedade da União”); por conseguinte, condenou a ré a restituir valores já pagos (derivados da novel classificação, que rechaçou) referentes a laudêmio e taxas anuais de ocupação, cf. fls. 34/38; mais que isso, determinou que a demandada se abstinhasse de efetuar novas cobranças (com as consequentes inscrições em dívida ativa, negativas em cadastros de restrição creditícia etc.); houve, ainda, condenação ao pa-

---

<sup>1</sup> Os imóveis estão matriculados, no cartório de imóveis do município de Marechal Deodoro/AL, sob matrículas 11.814 e 11.249.

gamento de verbas de sucumbência, como honorários advocatícios (dosados em 5% do valor da condenação).

Irresignada, a União alega, em seu apelo, em primeiro lugar, a ocorrência de prescrição; demais disso, defendeu existir a autorização legal para que fizesse, por meio de edital (e não pessoalmente), a intimação dos interessados no processo administrativo que redundou no reenquadramento de diversos imóveis, entre eles aqueles titularizados pelo postulante; à vista do que entende ser a validade do processo administrativo que empreendera, defende a improcedência total dos pleitos formulados; alega, ainda, inexistir provas do suposto valor pago (fl. 498), bem assim a impossibilidade de manutenção de juros a partir da citação (julgamento que seria *ultra petita*).

Houve contra-razões (fls. 505 e ss.)

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

A questão não é nova nesta Terceira Turma. Eu mesmo já tive ensejo de apreciar, como relator, matéria análoga (alguns casos aqui de Pernambuco, outros do Rio Grande do Norte etc.).

Sobre esta mesma causa, e porque houve agravo de instrumento contra a decisão que deferira antecipação de tutela favoravelmente ao particular, a Corte já se debruçou. Eis a ementa do julgado (AGTR nº 87591-AL):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERRENO DE MARINHA. PROCESSO DEMARCATÓRIO. PUBLICIDADE ATRAVÉS DE EDITAL GENÉRICO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A questão se cinge ao fato de que o ato praticado pela UNIÃO, através da sua Delegacia de Patrimônio em Alagoas, consubstanciado na novel qualificação jurídica atribuída ao imóvel como sendo acrescido de marinha, não cuidara de respeitar a devida publicidade. Isso porque o processo administrativo demarcatório, ao invés de utilizar a intimação pessoal das ora agravadas, valeu-se de edital genérico.

2. Não há dúvida sobre a existência de flagrante prejuízo ao devido processo legal e aos seus corolários da ampla defesa e contraditório, dado que as agravadas não puderam defender legitimamente os seus interesses no referido processo administrativo e só tomaram conhecimento de sua conclusão quando da primeira cobrança de taxa anual de ocupação.

3. A cientificação feita através da publicação de edital tem ensejo quando incerta a pessoa ou desconhecido o seu domicílio. *In casu*, entretanto, o registro público dos imóveis permitia a intimação prévia e pessoal de seus proprietários.

4. Agravo de instrumento improvido.

No voto que então proferi, deixei consignado o seguinte:

Numa análise perfunctória do caso *sub examen*, verifica-se que a propriedade do bem objeto da demanda, de fato, encontra-se registrada em cartório competente.

A questão se cinge ao fato de que o ato praticado pela UNIÃO, através da sua Delegacia de Patrimônio em Alagoas, consubstanciado na novel qualificação jurídica atribuída ao imóvel como sendo acrescido de marinha, não cuidara de respeitar a devida publicidade. Isso porque o processo administrativo demarcatório, ao invés de utilizar a intimação pessoal das ora agravadas, valeu-se de edital genérico.

Dessa forma, não há dúvida sobre a existência de flagrante prejuízo ao devido processo legal e aos seus corolários da ampla defesa e contraditório, dado que as agravadas não puderam defender legitimamente os seus interesses no referido processo administrativo e só tomaram conhecimento de sua conclusão quando da primeira cobrança de taxa anual de ocupação.

Note-se que a cientificação feita através da publicação de edital tem ensejo quando incerta a pessoa ou desconhecido o seu domicílio. No caso, entretanto, o registro público dos imóveis permitia a intimação prévia e pessoal de seus proprietários.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Àquela altura, supunha – pela fragilidade de uma cognição superficial, típica do agravo – que o caso dizia respeito a um proces-

so administrativo (de demarcação dos terrenos de marinha) alusivo à pequena faixa de terra, e que pudesse justificar uma comunicação pessoal – um a um – dos proprietários dos imóveis que seriam apanhados pela decisão a ser tomada.

Mas não. A situação era bem inversa, e igual aos outros casos que já passaram por este órgão fracionário. De fato, dormita nestes autos, à fl. 108, a Portaria nº 157, de 23 de maio de 1996, lavrada pela Secretaria do Patrimônio da União. Nela está posta a informação de que a comissão então criada ficava encarregada da **“determinação da LPM/1833 no trecho compreendido entre os municípios de Barra de São Miguel até Barra de Santo Antônio, no estado de Alagoas”**.

Não se trata, como visto, de uma faixa de terra pequeníssima, mas de um longo trecho, daí por que penso que a sentença agiu com alguma precipitação ao operar um julgamento antecipado da lide.

Dou cá as minhas explicações.

A matéria de fundo não demanda maiores dilemas. Não se ignora que terrenos sejam “de marinha” quando incluídos na Linha da Preamar Média de 1831; saber se são devidas taxas de localização, ou não, é descortinar o ponto mencionado; dele dependem, aliás, direta ou indiretamente, todas as outras questões submetidas à apreciação judicial.

É fato que a documentação acostada sinaliza uma guinada na classificação do imóvel<sup>2</sup>: antes, aparentemente, supunha-se que ele não seria “de marinha”; depois do PA nº 10465.001518/96-63, houve a alteração de entendimento, e daí as cobranças ora fustigadas.

Bem, em tese, nada impede que determinado imóvel, outrora tido como “não de marinha”, passasse, mercê de reclassificação, a ser tratado nesta condição; afinal de contas, atos administrativos podem ser anulados.

---

<sup>1</sup> Os imóveis estão matriculados, no cartório de imóveis do município de Marechal Deodoro/AL, sob matrículas 11.814 e 11.249.

Na hipótese, contrariamente ao que se deliberou na sentença (e até por este próprio TRF, como já admiti), parece ter havido acerto na condução do multirreferido PA, e não erro.

*Data venia*, levando-se em consideração a (gigantesca) quantidade de imóveis envolvidos na apuração, restava impossível a adoção de intimações pessoais (em relação a todos os proprietários que desejassem opor algum tipo de resistência), e daí por que findou amplamente justificado o expediente da provocação editalícia.

Como seria razoável dirigir-se pessoalmente, a administração, a dezenas, centenas, talvez milhares de pessoas, para que, enfim, pudesse conduzir um dado feito que tramitava em sua burocracia?

Procedimentos do poder público devem ser pautados pela eficiência (CF, art. 37, *caput*) e celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII), sendo certa a necessidade de harmonizá-las à luz da razoabilidade e, claro, da proporcionalidade, qual me parece ter sido formulado *in casu*<sup>3</sup>. Nem de longe tais princípios estariam resguardados se fosse necessária a realização de citações pessoais intermináveis. Jamais o processo teria fim num cenário caótico desses, é forçoso convir.

De todo modo, seja como for, não se olvida a possibilidade de ser sindicada judicialmente a novel classificação; para tanto, e considerando a quantidade de documentos indicando a mudança do tratamento dispensado pela administração ao imóvel controvertido, seria indispensável a realização de perícia, mais ainda porquanto os litigantes protestaram pela produção de todos os meios de prova (fls. 16 e 105).

Numa palavra: ainda quando seja válido o processo administrativo atacado pelo particular, como agora me parece ser, falta saber, em análise já judicial, sobre a linha da maré e o posicionamento do terreno relativamente a ela, donde o equívoco na realização de julgamento antecipado da lide.

---

<sup>2</sup> Conforme fls. 294 e ss..

Ante o exposto, dispensando mais e (apenas por hora) inúteis considerações, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, se não no sentido de reconhecer já agora o terreno como sendo de marinha, mas, ao menos, para anular a sentença, com devolução dos autos à primeira instância para permitir seja reaberta a instrução.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 487.049-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Apelante: NATHÁLIA VASCO MONTEIRO DE CARVALHO  
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
Assistente: DONALDO MONTEIRO DE CARVALHO  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. LUIS GUSTAVO GONÇALVES VIEIRA FIRMINO (APTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO AFASTAR A APLICAÇÃO DA RESERVA DE VAGAS PARA O VESTIBULAR, NO PERCENTUAL DE VINTE POR CENTO, DESTINADAS AOS ESTUDANTES AFRODESCENDENTES, ORIUNDOS DE ESCOLA PÚBLICA.**

**- Defesa na sentença da impertinência da pretensão, por se calcar a resolução da apelada, que adotou a reserva de vagas, em convenção internacional, no art. 207 da Constituição Federal, e, por fim, na política de ações afirmativas.**

**- A primeira base normativa, no caso, se concentra na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a consagrar, em a alínea 4 do art. 1º, a ressalva (o verbo é usado na r. decisão recorrida, fl. 169v) de que “medidas especiais tomadas com**

***o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos”, fl. 169v.***

***- Não se revela suficiente para tanto, pela abertura em termos das medidas especiais, a variar do pensamento de cada pessoa, sem se falar no fato de faltar à convenção internacional a eficácia devida, a exigir, sempre e sempre, a presença de normas outras, sem esquecer o fato de ser dirigida ao governo da União e não ao ente universitário.***

***- A reserva de vaga para o vestibular não se enquadra no art. 207 da Constituição, por não se cuidar de matéria relativa a autonomia didático-científica e administrativa da universidade.***

***- Há algo de estranho e de desafiador, sobretudo quando a Constituição Federal está encharcada de princípios maiores, entre os quais, o da igualdade, sendo de destacar, no aspecto, o inciso I do art. 206, a apregoar que o ensino será ministrado com base, entre outros princípios, no da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, igualdade que será, inevitavelmente, diluída, a partir do momento em que se assegura a candidato com nota baixa a aprovação, em detrimento de quem alcançou nota superior, só porque pertence a classe escolhida pela universidade para integrar a reserva de vagas.***

***- Ora, para se adotar a reserva de vagas exige-se mais do que a inserção da matéria na Carta Magna: reclama-se a alteração de vários princípios,***



***para evitar que alguns deles saiam feridos. Da Carta Magna, a matéria deve ser objeto da lei ordinária, da mesma forma que o inc. VIII do art. 37, abriu as portas para os portadores de deficiência, reservando vagas e determinando a lei o percentual de cargos e empregos públicos e definindo os critérios de sua admissão.***

***- Já ações afirmativas se incluem no ideal de justiça social, de igualdade, de distribuição de renda equitativa, de tudo, enfim, que possa transformar o Brasil numa nação de verdade, mas, não carregam a força da norma jurídica, não nascem da lei, não se constituem em lei, e daí, não são portadoras da eficácia defendida, e, aliás, com invulgar brilhantismo, diga-se de passagem, pela doura sentença.***

***- Sem o alicerce da norma, que, deve encontrar seu nascedouro na Constituição Federal, não há de se falar em reserva de vaga dentro do vestibular.***

***- Provimento do recurso, com inversão no ônus sucumbencial.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 25 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação de sentença que julgou improcedente o pedido autoral, o qual busca suspender a eficácia da resolução 9/2004-CEPE,

da Universidade Federal de Alagoas, a qual estabeleceu a reserva de vinte por cento das vagas para o curso de Arquitetura para candidatos negros ou pardos oriundos de escolas de ensino médio públicas.

O douto magistrado apregou que a iniciativa da Universidade em instituírem programas que efetivem o acesso mais igualitário ao ensino superior encontra apoio na Constituição Federal, tanto no que tange à efetivação do princípio da igualdade, como também em relação à sua autonomia administrativa.

Inconformada, a autora apela, atroando, em síntese, que a decisão afronta o princípio da legalidade, ao qual está submetida toda administração pública, bem como também aos princípios da igualdade, e da dignidade da pessoa humana.

Contrarrazões, fls. 210-214.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A controvérsia traz à discussão a eficácia ou ineficácia da reserva de vagas para a população negra, que o documento de fl. 28, da apelada, bem traduz:

### 7 - Reserva de vagas

A Universidade Federal de Alagoas possui um Programa de Políticas e Ações Afirmativas para Afro-Descendentes no Ensino superior desta instituição, oriundos exclusivamente do ensino médio público, no qual a reserva de vaga estabelecida no item 7.1 e seus subitens é a principal atividade desse projeto.

### 7.1 - Reserva de vagas para a população negra

Será estabelecida uma cota de 20% (vinte por cento) das vagas de cada curso de graduação ofertado pela UFAL, para a população afrodescendente, segundo a metodologia do IBGE (Instituto Brasileiro e Estatística), oriunda exclusiva e integralmente de escolas de ensino médio públicas, durante a vigência do Programa de Políticas e Ações Afirmativas para Afro-Descendentes no Ensino Superior na UFAL, inicialmente previsto para 10 (dez) anos. O percen-

tual acima definido será distribuído da seguinte forma: 60% (sessenta por cento) para as mulheres e 40% (quarenta por cento) para os homens.

A reserva de cotas em tela não é obra de lei, estando consagrada no edital n° 01/2008/COPEVE/PROGRAD/UFAL, por força da Resolução 9-2004-CEPE, como a douta sentença esclarece, fl. 167.

O inconformismo da demandante, ora apelante, se reveste de cunho jurídico, na discussão da base normativa da reserva. A demandada, ora apelada, leva a discussão para o campo social e histórico, na trajetória trágica do negro, desde os tempos dos navios negreiros até os dias atuais.

A douta sentença, fls. 166-174, se impregnou da última discussão para rejeitar a pretensão.

Todo o seu alicerce se exhibe na ementa, a merecer reprodução:

Constitucional. Ensino Superior. Reserva de vagas. Cotas. Vestibular. UFAL. Constitucionalidade. Inexistência de ofensa aos princípios da igualdade e da legalidade. Notas. Desvio-padrão. Critério regularmente previsto no edital e obedecido pela Administração. Improcedência do pedido.

1. É jurisprudência válida e oportuna a iniciativa de algumas Universidades, a exemplo da UFAL, de instituírem programas temporários que visam a assegurar um acesso efetivamente mais igualitário a pessoas que, em razão da condição econômico-social e/ou racial, vêm sendo excluídas do serviço de educação superior no Brasil. Agindo assim, as instituições de ensino acabam por promover uma maior diversidade no seu corpo discente, cumprindo mais democraticamente sua missão de universalizar o saber.

2. O programa de cotas da UFAL encontra amparo no art. 1º, alínea 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário (Decreto Legislativo n° 23, de 21.06.67, Decreto n° 65.810, de 01.12.1969), porquanto: (a) objetiva assegurar o desenvolvimento humano e profissional de certos grupos (estudantes negros ou pardos oriundos de escola pública) que, de fato, necessitam de uma proteção adicional para bem exercerem, de modo efetivo, o direito

fundamental à educação; (b) é temporário (dez anos); (c) não conduz ao exercício segregado dos direitos, pois alunos cotistas devem frequentar as mesmas aulas, nos mesmos locais, em igualdade de condições com os demais estudantes não cotistas.

3. O número de vagas reservadas aos optantes pelas cotas – 20% (vinte por cento) do total oferecido – não se manifesta excessivo, remanescendo, assim, ampla oportunidade de acesso à Universidade aos candidatos não-optantes. Não há, portanto, sob essa ótica, ofensa ao princípio da razoabilidade ou à proporcionalidade (dimensão da proibição do excesso).

4. Como qualquer política pública, as ações afirmativas estão sujeitas a imperfeições e dificuldades, devendo ser naturalmente aperfeiçoadas durante os processos de crítica, reavaliação e correção da política pública. Indevido é o Judiciário impedir, *a priori*, que a Administração (em especial, as universidades públicas) experimente tal política e depois avalie seus resultados, assumindo ela (a Administração) os ônus e benefícios políticos decorrentes.

5. O programa de cotas da UFAL não ofende o princípio da legalidade, pois encontra fundamento: (a) em ato normativo com força de lei (art. 1º, alínea 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – Decreto Legislativo nº 23, de 21.06.67, Decreto nº 65.810, de 08.12.1969; (b) no princípio da autonomia universitária (art. 207 da CF/88); (c) no entendimento do STF de que os princípios constitucionais podem (devem) ser concretizados diretamente pela Administração, independentemente de intermediação legislativa (ADC nº 12).

6. Improcedência do pedido, fl. 166 e v.

A base normativa, que oferece apoio à douta sentença, se concentra na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, e no art. 207 da Constituição Federal.

Analisemos as duas, respectivamente.

A aludida Convenção traz, na alínea 4 do art. 1º, a ressalva (o verbo é usado na r. decisão recorrida, fl. 169v) de que *medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de for-*

*ma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos, fl. 169v.*

Ora, o texto toma por base as medidas especiais destinadas a garantir a certos grupos sociais ou étnicos ou a indivíduos a proteção devida para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições.

A apelada enquadrou o negro, ou, mais precisamente, o afrodescendente, fl. 28, outorgando-lhe o direito de, isoladamente, concorrer a vinte por cento das vagas, de forma que, para os demais estudantes, que não sejam negros ou pardos, nem sejam oriundos de escola pública, restam apenas oitenta por cento das vagas.

Filosoficamente, o argumento pode ser convincente, mas, ao ingressar no campo jurídico – e nenhum ato no mundo escapa da influência do campo jurídico –, observa-se, sem muita dificuldade, o grande esforço em enquadrar o sistema de cotas dentro da regra fincada na mencionada alínea 4 do art. 1º da Convenção em exame, a ponto de reclamar opiniões divergentes, aspecto que a Convenção não pode absolutamente resolver, por abrir um leque infinito de discussões, muitas vezes estéreis.

Se, para a apelada, a maneira de oferecer ao afrodescendente as medidas especiais, para poder gozar ou exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, se verifica através da cota de reserva de vagas no vestibular, para outros, diferentemente, tais medidas deverão se concretizar através de melhoria da escola pública, a fim de que todos, não só o afrodescendente, possam enfrentar o vestibular tão bem preparados como os alunos da escola privada.

A discussão que, inevitavelmente, se abre decorre do espaço que a Convenção deixou criar, na busca de proteção a certos grupos sociais ou étnicos, considerados em coletividade, ou para indivíduos, considerados isoladamente.

A diferença da norma em tela, emanada de uma convenção internacional, a recomendar medidas especiais de proteção para certos grupos sociais ou étnicos, ou para certos indivíduos, para a lei, em seu sentido estrito, se revela facilmente. Enquanto a primeira é aplicada por força de um entendimento filosófico ou buscado nos jardins ou quintais da história, a norma jurídica, nascida no parlamento, traz outro selo e outra destinação, por não deixar campo largo para entendimentos dispares, visto indicar, de logo, qual a vantagem a ser adotada, qual o grupo social ou étnico a sofrer o benefício e qual o benefício a ser concedido.

A diferença é, efetivamente, enorme, evidenciando que a Convenção, por si só, não se revela suficiente para reger a problemática, principalmente por se revelar genérica, a ponto de, nelas, com certo ou com pouco esforço, poder encaixar qualquer medida, bastando, para justificar, meia dúvida de palavras pincelada da necessidade de igualdade entre os homens.

Mas, as convenções não carregam, data vênia, a eficácia jurídica que a douta sentença pretendeu inserir, por dependerem da ação governamental, traduzida na conduta do Governo que, para viabilizar as medidas especiais recomendadas, estabelece, através da norma, diversos programas neste sentido.

Por aí se observa outro ponto frágil da convenção referida, por não se reportar a todo e qualquer ente, mas, unicamente, ao Estado, em sua acepção mais natural de maior ente federativo, e, daí, abarcando o termo União.

Não é, portanto, a convenção o instrumento devido para o fim que a Resolução 9-2004, CEPE, editada pela apelada, pretendeu estabelecer.

O outro diploma, em que a r. decisão recorrida se apoia, é a Constituição, ou, mais precisamente, no art. 207, a consagrar as universidades de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, obedecendo ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Afastando todo o teor do art. 207, basta a autonomia didático-científica e administrativa, para justificar a dita e atacada resolução.

Com todas as vênias que se fizerem necessárias, acho que estabelecer reserva de vaga não se enquadra na autonomia didático-científica e administrativa das universidades, por fugir completa e totalmente a tal espaço, visto o ingresso na universidade se operar por meio de vestibular, a significar, sempre e sempre, a vitória pela nota maior, a vitória pelos melhores classificados dentro do número de vagas ofertado para cada curso.

A apelada não pode, via de resolução, se imiscuir no terreno da reserva de vaga. O instrumento, no caso, é muito minúsculo para comportar tal medida, não tendo alicerce para se sustentar com tanto peso nas costas. O resultado é ruir todo um sistema, o que não é factível permitir.

Na exigência da presença de lei, a Terceira Turma já firmou posicionamento.

Primeiro, com o desembargador Paulo Gadelha, ao apregoar:

Agravo de instrumento. UFAL. Reserva de quotas raciais nas universidades. Anteprojeto de lei em tramitação nos órgãos legiferantes. Afronta ao princípio da legalidade. A autonomia universitária não se sobrepõe aos princípios constitucionais.

1. A reserva de cotas raciais, no momento, não tem amparo legal, nem constitucional, existindo, tão-somente, projeto de lei em tramitação e ampla discussão social sobre o tema.

2. A aprovação de projeto de lei relativo à reserva de cotas raciais nas universidades brasileiras, se ocorrer, não afastará o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pelo julgador.

3. A implementação prévia, por parte de universidades brasileiras, de medidas relativas à reserva de cotas raciais, constitui procedimento contrário ao princípio da legalidade.

4. Agravo de instrumento provido e agravo regimental prejudicado.

(AGTR 61.893-AL, julgado em 24 de agosto de 2.006).

Depois, com o desembargador Élio Siqueira, convocado:

*Constitucional. Administrativo. Agravo de instrumento. Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Sistema de cotas*

*raciais instituído por resolução. Princípio da legalidade. O princípio da autonomia universitária, consagrado na Constituição Federal, não supera o princípio da legalidade, diante de questão intrinsecamente complexa e controvertida. O regime de cotas para acesso às Universidades não prescinde da existência de lei em sentido estrito (AGTR 69.760-AL, julgado em 21 de junho de 2007).*

A reserva de cotas é matéria unicamente para a lei estabelecer as diretrizes fundamentais, depois de aberta a porta pela Constituição, da mesma forma que esta abriu as janelas para as pessoas portadoras de deficiência ingressar, via de concurso, no serviço público, tarefa que o inc. VII do art. 37 do Código Republicano, adotou.

Tão inovador como a reserva de cotas, também o caminho especial, ou seja, diferente, para ingresso do portador de deficiência no serviço público, sobretudo quando muitos encontraram empecilho até mesmo na possibilidade de inscrição, vendo-se em desigualdade de condições para concorrer com as pessoas despojadas de qualquer deficiência. Foi preciso a norma constitucional fixar o princípio, para a lei ordinária cumprir a ordem oriunda da Lei Maior.

O mesmo se afirme com relação à reserva de vagas no vestibular, a partir do momento em que algumas vagas serão retiradas da oferta geral, para se legar apenas a uma classe isolada, levando em conta a cor da pele.

Há algo de estranho e de desafiador, sobretudo quando a Constituição Federal está encharcada de princípios maiores, entre os quais, o da igualdade, sendo de destacar, no aspecto, o inc. I, do art. 206, a apregoar que o ensino será ministrado com base, entre outros princípios, na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, igualdade que será, inevitavelmente, diluída, a partir do momento em que se assegura a candidato com nota baixa a aprovação, em detrimento de quem alcançou nota superior, só porque pertence a classe escolhida pela universidade para ser beneficiada com a propalada reserva de vagas.

Ora, para se adotar a reserva de vagas exige-se mais do que a inserção da matéria na Carta Magna: reclama-se a alteração de vários princípios, para evitar que alguns deles saiam feridos.



O art. 207 da Constituição Federal, não é, portanto, o instrumento correto destinado a abrir caminho para a reserva de vagas no vestibular.

Por fim, as ações afirmativas, tal como destacado na sentença, se constituem, mais uma vez com as vênias devidas, excelente substrato sociológico para auxiliar o legislador, ou seja, o constitucional, a estabelecer uma política de condutas a serem realizadas no momento oportuno.

É mais matéria destinada à sociologia histórica, na busca de destravar a Administração Pública dos grilhões que o Legislativo dispõe, colocados pelo próprio constituinte, para reparar os erros ocorridos no passado mais distante.

Mas, as ações afirmativas se incluem no ideal de justiça social, de igualdade, de distribuição de renda equitativa, de tudo, enfim, que possa transformar o Brasil numa nação de verdade, mas, não carregam a força da norma jurídica, não nascem da lei, não se constituem em lei, e daí, não são portadoras da eficácia defendida, e, aliás, com invulgar brilhantismo, diga-se de passagem, pela douda sentença.

Sem o alicerce da norma, que, deve encontrar seu nascedouro na Constituição Federal, não há de se falar em reserva de vaga dentro do vestibular.

Por este entender, dou provimento ao presente recurso, invertendo o ônus sucumbencial.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 491.191-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Apelados: JANE RUSSEL LIMA E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO WDNILTON CHAVES CRUZ E OUTROS (APTE.), MARIA DO CARMO PINTO MOREIRA (APDOS.)

**EMENTA: CIVIL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. ÁGUA DA CISTERNA DO IMÓVEL CONTAMINADA POR COLIFORMES. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO PRÉVIA DA SEGURANÇA DO IMÓVEL. DANOS MORAIS. PROBLEMAS DE SAÚDE. ESTADO DE INTRANQUILIDADE E MOMENTOS DE PRIVAÇÃO DE ÁGUA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. REDUÇÃO. ADEQUAÇÃO AOS TERMOS DO PEDIDO.**

*- Não merece guarida o argumento de litigância de má-fé apresentado pela CEF, uma vez que, mesmo que o problema detectado (água da cisterna contaminada) tenha sido evidenciado desde 28.1.05, e executados satisfatoriamente os serviços tendentes a solucioná-lo, conforme laudo datado de 21.2.05, permaneceu o interesse de agir da parte autora no sentido de ser indenizada pelos danos morais sofridos, quando da propositura da ação (16.3.05), inobstante já haver ocorrido a correção dos vazamentos à época.*

*- Não há que se falar em falta de interesse de agir dos autores, ora apelados, nem em inutilidade processual, uma vez que o intuito satisfativo dos demandantes, tratando-se de ação de indenização, é o de receber a compensação pelo dano moral sofrido, e não mais a extirpação do problema estrutural detectado (água que abastece*

**a cisterna do imóvel fora contaminada por coliformes, em virtude de infiltração de águas externas) apontado como causa dos efeitos nocivos provocados na saúde dos moradores, ora apelados.**

**- No dano moral deve ser analisado o efeito da lesão, o caráter da sua repercussão sobre o lesado e como a parte dita ofensora contribuiu para o constrangimento. Há de se observar a vergonha, o constrangimento, a dor, a injúria física ou moral, a emoção, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pela pessoa.**

**- Para se verificar a responsabilidade civil da parte ré, fazem-se necessários três elementos: o dano causado à vítima, a culpa do agente e o nexo causal entre a lesão daquela e a conduta ilícita deste. Presentes todos os requisitos, ocorre o dever jurídico de indenizar.**

**- No presente caso, entende-se que restou comprovado nos autos a alegação da parte autora de que se submeteu à utilização/contato com água contaminada, sendo gerados danos à saúde, além da submissão a estado de intranqüilidade e privação, ensejando, portanto, a caracterização de situação vexatória. De fato, os autores comprovaram os danos alegados, pelo que não merece reparos a sentença recorrida, sendo devida a indenização.**

**- Ninguém pode dizer com certeza qual o preço que vale o constrangimento sofrido pela autora menor, mas procura-se traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia equivalente, em razão da lesão moral. Por outro lado, é atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte.**

**- A jurisprudência desta Corte já se pronunciou no sentido de não anular a sentença ultra petita, como no caso dos autos, devendo ser reduzida**

***aos termos do pedido, em observância aos princípios da economia e celeridade processual.***  
***- Reconhecimento de nulidade da parte da sentença que fixou a indenização em cinco mil reais em favor de cada um dos autores. Adequação aos limites do pedido, qual seja, sessenta salários mínimos a serem rateados entre os autores/apelados.***  
***- Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o novo valor da condenação, nos termos do §§ 3º do CPC.***  
***- Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais para fixá-lo em sessenta salários mínimos, montante esse a ser rateado entre os autores/apelados.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 4 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

JANE RUSSEL LIMA e outros propuseram ação ordinária contra a CEF, objetivando o ressarcimento pelos danos morais sofridos, no valor correspondente a sessenta salários mínimos, no valor vigente à época, em virtude de terem sofrido diversos problemas de saúde (doenças de pele, problemas intestinais, inflamações oculares, etc.), em decorrência de terem celebrado contrato

de Arrendamento Residencial com opção de compra no âmbito do PAR - Programa de Arrendamento Residencial, relativo ao empreendimento Residencial Parque das Damas I, onde a água que abastece a cisterna do imóvel fora contaminada por coliformes, em virtude de infiltração de águas externas.

Ao final, o MM. Juiz *a quo*, considerando que no PAR a CEF é proprietária dos imóveis, com dever de avaliar a segurança do imóvel antes de ofertar à população, bem como, considerando a existência de danos morais (submissão à água contaminada gerando danos à saúde, estado de intranquilidade e momentos de privação de água), julgou procedente o pedido, condenando a CEF no pagamento, em favor de cada um dos autores, da quantia de cinco mil reais, acrescidas de juros de mora pela taxa SELIC desde janeiro de 2005. Honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre a condenação.

Inconformada, apela a CEF, com as razões de fls. 338/348, argumentando sobre a litigância de má-fé dos autores ao tentarem modificar a verdade dos fatos, já que não tinham mais interesse de agir quando da propositura da ação, posto que já havia ocorrido a correção dos vazamentos à época. Além disso, alega haver julgamento *ultra petita*, na medida em que o pedido foi formulado no sentido de indenização no valor de sessenta salários mínimos e a condenação superou muito dito montante. Defende que a sentença é contrária à prova dos autos (ausência de relação causa e efeito) e a ausência de fato caracterizador de dano moral.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

De início, no que se refere à alegada litigância de má-fé dos autores alegada pela CEF, entendo que não merece guarida tal argumento, uma vez que, mesmo que o problema detectado (água da cisterna contaminada) tenha sido evidenciado (laudo de fl. 17)

desde 28.1.05, e executados satisfatoriamente os serviços tendentes a solucioná-lo, conforme laudo de fl. 285, datado de 21.2.05, permaneceu o interesse de agir da parte autora quando da propositura da ação, ocorrida em 16.3.05, inobstante já haver ocorrido a correção dos vazamentos à época.

Como visto, não há que se falar em falta de interesse de agir da parte autora, nem em inutilidade processual, uma vez que o intuito satisfativo dos demandantes, tratando-se de ação de indenização, é o de receber a compensação pelo dano moral sofrido, e não mais a extirpação do problema estrutural detectado (água que abastece a cisterna do imóvel fora contaminada por coliformes, em virtude de infiltração de águas externas) apontado como causa dos efeitos nocivos provocados na saúde dos moradores, ora apelados. Entendo que a ação, no caso dos autos, não perdeu sua eficácia, em face do binômio necessidade-utilidade do provimento judicial.

No que se refere à ocorrência do alegado dano moral, a questão se resume em saber se o evento foi capaz de trazer danos passíveis de gerar direito a alguma indenização pecuniária.

No caso de dano material a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído ou extraviado. O responsável pelo prejuízo patrimonial causado ao lesionado deve repor o bem físico, reparando sua perda. Já no dano moral, deve ser analisado o efeito da lesão, o caráter da sua repercussão sobre o lesado e como a parte dita ofensora contribuiu para o constrangimento. Há de se observar a vergonha, o constrangimento, a dor, a injúria física ou moral, a emoção, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pela pessoa.

Contudo, tais elementos só podem ser medidos, quando observada a natureza objetiva do evento, e como o fato se traduz nas relações humanas. Deve-se analisar de que maneira o ato, dito danoso, afetou a instabilidade emocional, provocada por uma atitude ilícita de alguém, a ponto de causar danos ao indivíduo posto em situação que se traduza em vexame.

Humberto Theodoro Júnior, em seu livro *Dano Moral*, 4ª edição, editora Juarez de Oliveira Ltda.: 2001, p. 9 e 98/99, comenta:

O dano moral pressupõe uma lesão – a dor – que se passa no plano psíquico do ofendido. Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde a pesquisa probatória não é dado chegar. A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social.

Quando o ofendido comparece, pessoalmente, em juízo para reclamar reparação do dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade *ad causam*. Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.

Exigem-se, por isso mesmo, prudência e cautela da parte dos juizes no trato desse delicado problema. Uma coisa, porém, é certa: o Código Civil prevê, expressamente, a existência de interesse moral, para justificar a ação, só quando toque “diretamente ao autor ou à sua família” (art. 75).

Para se verificar a responsabilidade civil da parte ré, faz-se necessário três elementos: o dano causado à vítima, a culpa do agente e o nexu causal entre a lesão daquela e a conduta ilícita deste. Faltando qualquer um dos mencionados requisitos, não ocorre o dever jurídico de indenizar.

No presente caso, restou incontroversa a existência de problemas com a água que abastece a cisterna do imóvel, tanto que serviços de correção foram executados sob a responsabilidade da CEF. Outrossim, entendo que restou comprovado nos autos a alegação da parte autora de que, submetida à utilização/contato com água contaminada sofreu danos à saúde, além de restar patente a submissão a estado de intranquilidade dos moradores e,

por óbvio, momentos de privação de água para consecução das obras de reparo, ensejando, portanto, a caracterização de situação vexatória. De fato, os autores comprovaram os danos alegados, pelo que não merece reparos a sentença recorrida, sendo devida a indenização.

O nosso direito positivo acolhe a indenização por dano moral, porém, não existe nos textos da nossa lei expressão própria referente à mesma. Não se nega a sua função penal, devido à sanção imposta ao ofensor, e compensatória, por ser uma satisfação que se procura amenizar a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que tenta, com a soma de dinheiro pago a quem sofreu o dano, atender às satisfações materiais ou ideais que se pense conveniente.

Ninguém pode dizer com certeza qual o preço que vale o constrangimento sofrido pela autora menor, mas procura-se traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia equivalente, em razão da lesão moral. Por outro lado, é atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte.

No que se refere ao apontado julgamento *ultra petita*, destaco que o pedido foi formulado no sentido de a condenação ser arbitrada pelo Juízo, levando-se em consideração os requisitos enunciados, e fixada no valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos vigentes (fl. 12). De fato, apesar de não haver expressa menção de que o valor é global e não por demandante, mesmo considerado o número de demandantes que permaneceram na lide, no caso, 21, a indicar que o valor do proveito econômico buscado pelos mesmos a título de ressarcimento pelos danos morais sofridos, no caso de uma divisão do montante apresentado como limítrofe (sessenta salários mínimos), apresenta-se satisfatório o valor a ser recebido individualmente.

A jurisprudência desta Corte já se pronunciou no sentido de não anular a sentença *ultra petita*, como no caso dos autos, devendo ser reduzida aos termos do pedido, em observância aos princípios da economia e celeridade processual.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:



PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO PELO IRSM DE FEV/94 (39,67%). AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. ADEQUAÇÃO DO JULGAMENTO AOS TERMOS DO PEDIDO.

1. No caso dos autos, não havendo pedido expresso quanto à aplicação do IRSM fevereiro/94, configura-se o julgamento *ultra petita*, uma vez que a matéria foi analisada além dos limites da lide.

2. Não obstante os termos do art. 460 do CPC, a jurisprudência se firmou, em observância aos princípios da economia e da celeridade processual, não anular a sentença *ultra petita*, mas reduzir o provimento judicial aos termos do pedido.

3. Apelação do INSS parcialmente provida, apenas para adequar a decisão aos limites do pedido inicial, qual seja: recálculo da RMI do benefício previdenciário de Aposentadoria (nº 46/049.970.466-5, DIB 23.09.94), corrigindo a conversão dos valores em URV, com aplicação do índice de reajuste de 7,76%, julgado improcedente pelo juízo a quo, que considerou, baseado em informações da Contadoria (fl. 74) e documentos acostados pelo INSS, que referido índice restou aplicado de acordo com a MP 1.572-1 de 28.05.97, convertido na Lei 9.711/98 (fl. 89).

(AC392079, Des. Federal Manoel Erhardt, DJ04.06.2008, p. 191)

Assim, reconheço a nulidade da parte da sentença que fixou a indenização em cinco mil para cada autor, valor em muito superior ao pedido inicialmente formulado, qual seja, sessenta salários mínimos, no total, a ser rateado entre os autores.

Assim, entendo que o valor fixado a título de indenização foi excessivo, pelo que o reduzo para sessenta salários mínimos, a ser rateado entre os autores/apelados.

Mantenho a condenação em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Sobre o assunto, cito a ementa do seguinte julgado desta egrégia Corte:

DANOS MORAIS E MATERIAIS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. REDE DE ESGOTO E CAIXA DE ELETRICIDADE. CONSTRUÇÃO FORA DAS NORMAS TÉCNICAS DE ENGENHARIA. RISCO À SAÚDE E SEGURANÇA DOS MORADORES. PRELIMINAR REJEITADA.

- Preliminar de ilegitimidade passiva levantada pela Caixa Econômica Federal rejeitada à vista de ser o imóvel adquirido através do Programa de Arrendamento Residencial (Lei nº 10.188/01, art. 4º, incisos IV e VI).

- Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a Caixa ao ressarcimento em danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e danos materiais no valor de R\$ 2.518,32 (dois mil, quinhentos e dezoito reais e trinta e dois centavos) a serem repartidos entre todos os autores. Tais condenações decorrem dos prejuízos sofridos com seus móveis e risco à saúde dos familiares dos demandantes ocasionados por falha no sistema de esgoto e na caixa de energia do condomínio adquiridos através do programa de arrendamento residencial da Caixa Econômica Federal.

- Verifica-se nos presentes autos nexos de causalidade entre os danos sofridos pelos requerentes e as falhas nas construções dos imóveis financiados pela demandada além da posterior omissão da CAIXA quando fora acionada para consertar as falhas. Nestes casos, basta ser provado o nexo de causalidade entre a ação do agente causador do dano e o evento danoso para surgir o dever de indenizar, ou seja, a construção fora das normas técnicas de engenharia.

- Na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve realizar uma estimativa prudencial, considerando a gravidade do dano, a reputação da vítima, a sua situação familiar e sócio-econômica, as condições do autor do ilícito, etc, de modo que o valor arbitrado não seja tão grande que se transforme em fonte de enriquecimento da vítima e insolvência do ofensor nem tão pequeno que se torne inexpressivo e, assim, não atinja a finalidade punitiva da indenização.

- Considerando tais aspectos, há de se manter a sentença por seus próprios fundamentos. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

Apelação improvida.

(AC 390327, DJ 13/12/2007, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena)

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais para fixá-lo em sessenta salários mínimos, montante esse a ser rateado entre os autores/apelados.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 494.279-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: MÁRCIA VIRGÍNIA MIGNAC DA SILVA  
Apeladas: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFS E EDNA MARIA DO NASCIMENTO  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. PAULO BISPO DOS SANTOS (APTE.), EVÂNIO JOSE DE MOURA SANTOS (2ª APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR EFETIVO ASSISTENTE. DIREITO À NOMEAÇÃO. CARGO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO ANTERIOR. DISCIPLINAS DIVERSAS. PROFESSORES SUBSTITUTOS CONTRATADOS TEMPORARIAMENTE. FUNÇÕES PÚBLICAS. JUSTIÇA GRATUITA.**

**- Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, visando à decretação de nulidade do ato de nomeação da litisconsorte passiva, EDNA MARIA DO NASCIMENTO, para o cargo de Professor Efetivo Assistente, Nível 1, do Núcleo de Dança/Campus Laranjeiras da UFS, com a imediata nomeação da impetrante para o mencionado cargo, para o qual foi aprovada em concurso público; ou, subsidiariamente, a sua nomeação independentemente da declaração de nulidade da nomeação da litisconsorte ora identificada. Argumenta a postulante que: a) a mera expecta-**

***tiva de direito de que gozam os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previsto no edital se convola em direito subjetivo quando demonstrada a existência de vaga e a necessidade permanente do serviço, como é o seu caso, diante da nomeação da litisconsorte passiva aprovada em concurso posterior ao seu, enquanto ainda vigente o certame no qual foi aprovada; e b) a existência de professoras substitutas na instituição de ensino que, mesmo contratadas em caráter temporário, ainda permanecem ocupando funções nos quadros da UFS, impedindo que a impetrante seja nomeada.***

***- A impetrante se submeteu a concurso público, disciplinado pelo Edital nº 007/2009, para provimento de uma vaga para o Cargo de Professor Efetivo, Nível I, do Núcleo de Dança/Campus Laranjeiras da Universidade Federal de Sergipe. Nesse caso, concorreu ela a um cargo público. Ao final do certame, foi ela classificada em segundo lugar, tendo sido a primeira colocada – só havia uma vaga – nomeada e empossada. Diversa é a situação das professoras substitutas e da convidada que, em razão da excepcionalidade do vínculo que as une à UFS, que demanda um caráter transitório, não ocupam cargo público, mas sim função pública.***

***- O certame no qual a autora se inscreveu e, ao final, logrou aprovação em segundo lugar diferenciava-se daquele no qual a litisconsorte passiva, EDNA MARIA DO NASCIMENTO foi aprovada e, posteriormente, nomeada e empossada. Essa diversidade resta evidente no que tange à área de titulação exigida dos candidatos e às disciplinas para as quais seriam selecionados. Portanto, mesmo existindo uma candidata classificada num concurso dentro do prazo de validade, nada impede que a Administração Pública realize novo concurso para selecionar novos pro-***

**fessores, desta feita para lecionar matérias distintas daquelas previstas no primeiro.**

**- O fato de a litisconsorte EDNA MARIA ser graduada em Artes Plásticas não é impedimento ao exercício do cargo de Professora Assistente Efetiva do curso de Dança daquela instituição, porquanto foi exigido no seu concurso, como área de titulação, o Licenciamento ou Bacharelado em Artes com Mestrado em Dança ou áreas afins. E se a universidade a empossou no cargo é porque conferiu anteriormente que ela preenchia todos os requisitos exigidos.**

**- A afirmação da apelante de que a litisconsorte passiva está lecionando disciplinas diferentes daquelas para as quais foi selecionada não pode ser conhecida e utilizada como razões do presente decisor, por se tratar de matéria nova, que não foi objeto de apreciação em primeiro grau.**

**- O pedido de concessão do benefício da justiça gratuita é incompatível com a atitude adotada pela recorrente nos presentes autos, desde a impetração do mandado de segurança, quando pagou as custas iniciais, até a interposição da apelação, momento em que também recolheu as custas recursais. Neste caso, houve preclusão lógica, não cabendo, portanto, a concessão desse benefício.**

**- Apelação improvida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 6 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

MÁRCIA VIRGÍNIA MIGNAC DA SILVA impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra o MAGNÍFICO REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE e a Sra. EDNA MARIA DO NASCIMENTO, no fito ver anulada a nomeação da litisconsorte passiva para o cargo de Professor Efetivo Assistente, Nível 1, do Núcleo de Dança/Campus Laranjeiras da UFS, com a sua imediata nomeação para o mencionado cargo, para o qual foi aprovada em concurso público. Requereu, subsidiariamente, a sua nomeação independentemente da declaração de nulidade da nomeação da litisconsorte ora identificada.

Foram os seguintes os argumentos aduzidos pela impetrante na petição inicial: a) a UFS, ante a necessidade de compor o quadro de professores efetivos do curso de Dança, realizou, em sequência, três concursos públicos, os quais tiveram suas normas reguladas pelos Editais nºs 89/2008, 07/2009 e 17/2009; b) antes, porém, foi realizado concurso para professor substituto – Edital nº 32/2008 – tendo logrado aprovação as candidatas JULIANA DE GÓIS JORGE e KLELI PERELO DO CARMO, as quais restaram nomeadas por aquela instituição de ensino; c) Através do Edital nº 89, de 26 de setembro de 2008, foram selecionados cinco candidatos para o cargo de Professor Efetivo Assistente do Núcleo de Dança, tendo sido todos eles nomeados posteriormente; d) o Edital nº 007, de 29 de janeiro de 2009, abriu, também, vaga – apenas uma – na carreira de Magistério Superior do Núcleo de Dança da UFS (cargo de Professor Efetivo Assistente), tendo sido a impetrante aprovada em segundo lugar; e) Através da Portaria nº 796, de 3 de abril de 2009, a primeira classificada nesse concurso findou sendo nomeada; f) com a nomeação da primeira colocada, restou aberta a vaga decorrente da revogação da nomeação do primeiro colocado do concurso anterior regido pelo Edital nº 89/2008; g) não obstante todas essas nomeações, a UFS manteve em sala de aula as professoras substitutas JULIANA DE GÓIS JORGE e KLELI PERELO DO CARMO, além da professora convidada LAVÍNIA TEIXEIRA DE A. MACHADO, o que denota a existência de, pelo menos, mais três vagas para o cargo de professor

do curso de Dança; h) quando ainda vigorava o concurso no qual foi aprovada a requerente – Edital nº 007/2009 – foi aberto novo certame, por meio do Edital nº 17/2009, prevendo mais uma vaga para o cargo de Professor Assistente de Dança, no qual foi aprovada a litisconsorte passiva, a Sra. EDNA MARIA DO NASCIMENTO, tendo sido ela oportunamente nomeada para o cargo em detrimento do direito da impetrante que fora aprovada em concurso anterior e ainda válido.

Asseverou a requerente que a mera expectativa de direito de que gozam os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previsto no edital se convola em direito subjetivo quando demonstrada a existência de vaga e a necessidade permanente do serviço. Além do mais, a tese de que teria ela prestado concurso para disciplinas diversas daquelas para as quais a litisconsorte passiva fora habilitada não se sustenta, eis que está também habilitada para lecionar as duas disciplinas objeto do concurso posterior, já que possui a titulação de Mestre em Dança.

A liminar foi indeferida (fls. 85/87).

O Reitor da Universidade Federal de Sergipe, ao prestar suas informações, alegou que o novo concurso, objeto do Edital nº 17/2009, distingue-se do certame no qual a impetrante foi aprovada em relação às disciplinas neles referidas. Também arguiu que a contratação das professoras substitutas ocorreu bem antes da publicação do Edital nº 07/2009, que regulamentou o concurso da autora, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade daqueles atos.

Ao contestar, a litisconsorte passiva, EDNA MARIA DO NASCIMENTO, reiterou o argumento da UFS quanto à inexistência de similitude entre as disciplinas do curso de Dança previstas no Edital nº 17/2009 (do último concurso) e no de nº 07/2009 (ao qual a impetrante se submeteu).

Por sua vez, o Ministério Público Federal, ao proferir parecer, opinou pela denegação da segurança, albergando a tese defendida pela universidade ré.

Ao sentenciar, o ilustre magistrado denegou a segurança por concordar com o argumento aduzido pela defesa de que o último

certame foi aberto para o preenchimento de vaga de professor em disciplina diversa daquela prevista no concurso anterior, tratando-se, portanto, de seleções distintas.

Em sede de embargos de declaração, o douto juiz deu parcial provimento ao recurso para suprir as omissões no tocante à manutenção dos professores substitutos na universidade ré e em relação ao pedido de justiça gratuita. Aduziu, no que tange ao primeiro ponto, que o pleito estaria conectado ao pedido maior de nomeação da impetrante e, como este foi negado, o requerimento atinente à contratação das professoras substitutas teria restado prejudicado. Assim, com a denegação da segurança, o pedido, como um todo findou indeferido. E, quanto à segunda questão, asseverou ter havido preclusão lógica, eis que, embora tenha a postulante requerido os benefícios da justiça gratuita na peça exordial, recolheu as custas iniciais.

Como razões de sua apelação, a impetrante ratificou os termos da peça vestibular e trouxe à baila entendimento do e. STF segundo qual “comprovada a necessidade de contratação de pessoal, deve-se nomear os candidatos aprovados no certame em vigor em detrimento da renovação de contrato temporário”. Ainda asseverou que o ilustre magistrado teria deixado de avaliar a causa de pedir relativa à preterição da apelante em função da prorrogação dos contratos das professoras substitutas. Argumentou que “não há como fechar os olhos à necessidade do serviço tão evidente. **As professoras substitutas vêm suprindo indevidamente a lacuna no corpo docente desde 2008**, de tal sorte que, **mesmo com as nomeações dos professores efetivos**, a administração entendeu pela permanência delas, preterindo a impetrante”. Aduziu, ainda, que o ato de nomeação da litisconsorte passiva está eivado de nulidade, ante o desvio de finalidade na sua motivação, já que foi ela habilitada em concurso público para lecionar determinadas matérias e, atualmente, encontra-se ensinando outras disciplinas diferentes daquelas que constavam no Edital nº 17/2009. Também argumentou que não poderia a Sra. EDNA MARIA lecionar disciplina específica do curso de Dança sem ter formação nessa área, pois é graduada em Artes Plásticas e Matemática e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe. Pugnou, por fim, pela antecipação dos



efeitos da tutela e, acaso mantida a sentença, pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Contrarrazões da UFS às fls. 187/191 reiterando os fundamentos das informações iniciais.

Relatei.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Como visto alhures, MÁRCIA VIRGÍNIA MIGNAC DA SILVA impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, visando à decretação de nulidade do ato de nomeação da litisconsorte passiva, EDNA MARIA DO NASCIMENTO, para o cargo de Professor Efetivo Assistente, Nível 1, do Núcleo de Dança/Campus Laranjeiras da UFS, com a sua imediata nomeação para o mencionado cargo, para o qual foi aprovada em concurso público; ou, subsidiariamente, a sua nomeação independentemente da declaração de nulidade da nomeação da litisconsorte ora identificada.

Para tanto, utiliza-se de dois argumentos principais: a) a mera expectativa de direito de que gozam os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previsto no edital se convola em direito subjetivo quando demonstrada a existência de vaga e a necessidade permanente do serviço, como é o seu caso, diante da nomeação da litisconsorte passiva aprovada em concurso posterior ao seu, enquanto ainda vigente o certame no qual foi aprovada; e b) a existência de professoras substitutas na instituição de ensino que, mesmo contratadas em caráter temporário, ainda permanecem ocupando funções nos quadros da UFS, impedindo que a impetrante seja nomeada.

Antes de adentrar na discussão travada nos presentes autos, alguns esclarecimentos doutrinários merecem ser feitos no fito de viabilizar o julgamento da questão jurídica em foco. Vejamos.

O art. 37, inciso II, da Constituição Federal determinou como condição para a investidura em cargos e empregos públicos a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

los, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão. Também foi especificado, no inciso IV, que durante o prazo previsto no edital de convocação, o candidato aprovado em concurso terá prioridade sobre os novos concursados na convocação para assumir cargo ou emprego na carreira.

Esse dispositivo constitucional excepcionou, no entanto, no inciso IX, a hipótese de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, situação em que a urgência na solução da questão não se compatibiliza com o procedimento inerente aos concursos públicos, que, em razão de sua formalidade, demanda tempo para atingir o seu termo final com a divulgação dos candidatos classificados e a consequente homologação desse resultado.

Eis como o renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello definiu a hipótese de contratação excepcional sem concurso, em sua tão conhecida obra *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Editora Malheiros, 2001, pág. 260:

A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

Pois bem, no caso em comento, a impetrante argumenta que vem sendo preterida no seu direito à nomeação em razão da existência de duas professoras substitutas e uma convidada exercendo as atividades inerentes ao cargo para o qual foi aprovada. Entretanto, pelo que se observa dos autos, suas alegações são totalmente infundadas, já que confunde cargo com função.

Na verdade, a impetrante se submeteu a concurso público, disciplinado pelo Edital nº 007/2009, para provimento de vagas na carreira de Magistério Superior, precisamente uma vaga para o Cargo de Professor Efetivo, Nível I, do Núcleo de Dança/Campus Laranjeiras. Nesse caso, concorreu ela a um cargo público, que pode ser definido, segundo a lição de Celso Antônio, como a mais simples e indivisível unidade de competência a ser ocupada por um agente, prevista em número certo e com denominação própria, retribuída por pessoa jurídica de Direito Público e criada por lei.

Ao final do certame, foi ela classificada em segundo lugar, tendo sido a primeira colocada – só havia uma vaga, como visto – nomeada e empossada.

Diversa é a situação das professoras substitutas e da convidada que, em razão da excepcionalidade do vínculo que as une à UFS, que demanda um caráter transitório, não ocupam cargo público, mas sim função pública.

Nesse sentido são as ementas a seguir transcritas:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFETIVAÇÃO DE SERVIDORES TITULARES DE FUNÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO QUADRO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Independentemente do regime jurídico ao qual se submete, a contratação temporária não pode ensejar a efetivação no serviço público, haja vista que a função pública, no caso, inexistente nos quadros da Administração, considerando que a necessidade de seu exercício é episódica e excepcional. 2. Recurso desprovido.

(ROMS 200302381023, Ministro: PAULO MEDINA, STJ - SEXTA TURMA, 10/10/2005)

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FUNCIONÁRIOS DO ARSENAL DE MARINHA DO RIO DE JANEIRO - AMRJ. ISONOMIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PARA ATENDER À NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. LEI Nº 8.745/93. ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATO INDIVIDUAL POR PRAZO DETERMINADO.

1. Nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.112/90, “servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”.

2. Os “servidores temporários”, contratados sob as condições do art. 233 da Lei nº 8.112/90 (posteriormente alterada pelas Leis nºs 8.745/93 e 9.849/99), exercem função pública, todavia não estão vinculados a cargo público, logo, não estão compreendidos no conceito de “servidor público”, não se aplicando a eles a referida isonomia.

3. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inciso IX, autorizou a contratação de “servidores temporários” os quais prestam serviços por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Tais servidores exercem função pública, entretanto, não estão vinculados a cargo público, não estando sujeitos ao Regime Jurídico Único nem tão pouco a emprego público.

4. Servidores estatutários são os sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargo público, enquanto que, os servidores temporários seriam aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, exercendo uma função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

5. Negado provimento à apelação.

(AC 200051010265221, Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA, TRF2 - QUINTA TURMA, 05/04/2004)

Portanto, não poderia a requerente pretender ocupar a função exercida pelas professoras temporárias acima referidas, eis que a natureza do vínculo delas com a Administração Pública é diversa: no caso da impetrante, ao ocupar cargo público criado por lei, sujeitar-se-á ao Regime Jurídico Único, passando a ser regida, portanto, pelo regime estatutário; enquanto que, na situação das professoras substitutas, o excepcional interesse público autoriza a

contratação delas, mas para exercer, transitoriamente, funções públicas, sem estarem vinculadas a cargo ou emprego público.

Desta feita, o fato de as professoras substitutas estarem lecionando na universidade leva a concluir pela existência da função pública, mas não do cargo público que necessita de lei para ser criado.

Concluindo, não há como se acolher a tese segundo a qual, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, é dever da Administração nomear candidatos aprovados em concurso vigente em detrimento da renovação de contrato temporário. Isto porque, como visto alhures, os contratados exercem apenas funções públicas e os concursados passarão a ocupar cargos públicos.

De outra banda, também não se pode esquecer de mencionar que o certame no qual a autora se inscreveu e, ao final, logrou aprovação em segundo lugar diferencia-se daquele no qual a litisconsorte passiva, EDNA MARIA DO NASCIMENTO foi aprovada e, posteriormente, nomeada e empossada. Essa diversidade resta evidente no que tange à área de titulação exigida dos candidatos e às disciplinas para as quais seriam selecionados.

No concurso da impetrante, exigia-se Mestrado em Dança ou Artes Cênicas para que o candidato classificado estivesse apto a lecionar as seguintes matérias: Consciência Corporal I e II, História da Dança I e II, Metodologia do Ensino da Dança; Cinesiologia; Expressão e Movimentos I e II; História da Dança no Brasil; Introdução à Composição Coreográfica; Novas Tecnologias e o Ensino da Dança Clássica I, II e III; Dança do Brasil I, II, III e IV/ Composição Coreográfica I e II; Educação e Dança I e II; Investigação e Percepção I e II; Roteiros e Improvisações; Estágio Supervisionado de Roteirização e Montagem Coreográfica I e II, Prática e Análise; Prática de Dança I e II; Trabalho de Conclusão de Curso (fl. 47); enquanto que, no certame em que se inscreveu a litisconsorte, foi exigido, como área de titulação, Licenciamento ou Bacharelado em Artes com Mestrado em Dança ou áreas afins para ensinar as disciplinas de Traje e Espaço Cênico para Dança, Historio do Figurino e Desenho Artístico (fl. 52).

Pois bem, mesmo existindo uma candidata classificada num concurso dentro do prazo de validade, nada impedia que a Admi-

nistração Pública realizasse novo concurso para selecionar novos professores, desta feita para lecionar matérias distintas daquelas previstas no primeiro.

Desta forma, a requerente não tem direito à nomeação para o cargo de Professor Efetivo Assistente, seja porque a diversidade entre os dois certames – o da impetrante e o da litisconsorte passiva – não autoriza a transmutação da natureza jurídica da relação da requerente com a universidade, de mera expectativa de direito em direito à nomeação; seja porque as professoras substitutas por ela relacionadas são ocupantes de meras funções públicas e não de cargo público.

Ademais, o fato de a litisconsorte EDNA MARIA ser graduada em Artes Plásticas não é impedimento ao exercício do cargo de Professora Assistente Efetiva do curso de Dança daquela instituição, porquanto, como visto alhures, foi exigido no seu concurso, como área de titulação, o Licenciamento ou Bacharelado em Artes com Mestrado em Dança ou áreas afins. E se a universidade a empossou no cargo é porque conferiu anteriormente que ela preenchia todos os requisitos exigidos. Nos autos, há prova de sua graduação em Artes Plásticas (fl. 112).

Por fim, a afirmação da apelante de que a litisconsorte passiva está lecionando disciplinas diferentes daquelas para as quais foi selecionada não pode ser conhecida e utilizada como razões do presente *decisum*, por se tratar de matéria nova, que não foi objeto de apreciação em primeiro grau. Segundo a dicção do art. 515, § 1º, do CPC, é defeso à apelante inovar na causa de pedir ou formular pedido novo, eis que, em sede de apelação, apenas se admite a discussão de questões de fato e de direito já apresentadas e discutidas na primeira instância.

Eis o teor do mencionado dispositivo da Lei Processual Civil:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

As ementas adiante reproduzidas traduzem esse entendimento:

CIVIL. SFH. REVISÃO DE CONTRATO DE MÚTUO. PES/CP. PRESTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. COBRANÇA DO SEGURO. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. NÃO CONHECIMENTO. ART. 515, PARÁGRAFO 1º, DO CPC. ANATOCISMO. OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DA TR. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Nos moldes do art. 515, parágrafo 1º, do CPC, é defeso ao apelante inovar a causa de pedir, pois em sede de apelação apenas se admite a discussão de questões de fato ou de direito apresentadas no primeiro grau. A discussão de matéria nova ou formulação de pedido novo, apenas será admitida em uma nova ação.

2. A capitalização dos juros é proibida (Súmula 121/STJ), somente aceitável quando expressamente permitida em Lei (Súmula 93/STJ), o que não acontece no SFH. Admitido no presente acórdão que o modo de calcular a prestação implica “efeito-capitalização”, o procedimento deve ser revisto.

3. “Assim, para evitar a cobrança de juros sobre juros, os Tribunais pátrios passaram a determinar que o *quantum* devido a título de juros não amortizados fosse lançado em conta separada, sujeita somente à correção monetária”. (STJ - AgRg-REsp 958.057 - (2007/0128203-6) - 2ª T - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 11.09.2009 - p. 1815)

4. Não há óbice à aplicação da TR nos contratos celebrados no âmbito do SFH após a Lei 8.177/91, desde que pactuada ou que tenham cláusula de reajuste pela caderneta de poupança. Precedentes do STF. Súmula nº 295 do STJ.

5. Resta pacificado no âmbito desta Corte, que o saldo devedor deve ser atualizado antes do abatimento das prestações, para a manutenção do valor atualizado do capital mutuado pela instituição financeira. (TRF-5ª R. - AC 2002.83.00.014111-0 - (432842/PE) - 2ª T. - Rel. Manoel de Oliveira Erhardt - DJe 18.02.2009 - p. 184, TRF-5ª R. - AC 2001.83.00.019603-8 - (453101/PE) - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano - DJe 23.03.2009 - p. 193). Sentença reformada neste ponto em desfavor do particular.

6. Apelação do particular parcialmente conhecida, e na parte conhecida improvida. Recurso adesivo da CEF parcialmente provido.

(AC 200905000230163, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, 28/01/2010)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FGTS. APELAÇÃO. ART. 515, PARÁGRAFO 1º, DO CPC. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-CONHECIMENTO.

1. Nos moldes do art. 515, parágrafo 1º, do CPC, é defeso ao apelante inovar a causa de pedir, pois em sede de apelação apenas se admite a discussão de questões de fato ou de direito apresentadas no primeiro grau. A discussão de matéria nova ou formulação de pedido novo, apenas será admitida em uma nova ação.

2. Apelação não conhecida.

(AC 200982000021510, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 14/01/2010)

Por fim, o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita é incompatível com a atitude adotada pela recorrente nos presentes autos, desde a impetração do mandado de segurança, quando pagou as custas iniciais, até a interposição da apelação, momento em que também recolheu as custas recursais.

Neste caso, como bem ressaltou o douto sentenciante, houve preclusão lógica, não cabendo, portanto, a concessão desse benefício.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação para manter a sentença.

Assim voto.



## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 496.972-SE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelantes: UNIÃO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelados: CARLOS ALBERTO DOS SANTOS E OUTROS  
Reptes.: PROCURADORIA DO INSS E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (APDOS.)

**EMENTA: HANSENÍASE. PENSÃO ESPECIAL. LEI 11.520, DE 18 DE SETEMBRO DE 2007. LEGITIMIDADE DOS AUTORES. EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. DOENÇA ESTIGMATIZANTE. LEGITIMIDADE DO INSS. AUSÊNCIA DE PRONTUÁRIOS MÉDICOS. COMPULSORIEDADE DOS INTERNAMENTOS. APELAÇÕES IMPROVIDAS. JUROS DE MORA NA FORMA DO ART. 1º-F DA LEI 9.494, A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.960/2009, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO DISPOSITIVO.**

**- Apelação interposta contra sentença que concedeu a pensão especial, instituída na Lei nº 11.520/2007, aos ex-internados no Leprosário Lourenço Magalhães.**

**- Internação compulsória comprovada por meio de depoimentos e declarações, ante a falta de exibição dos prontuários médicos pelo órgão responsável pelo arquivamento dos mesmos.**

**- A hanseníase é doença que causa estigma aos seus portadores, assim como dificulta sua inserção social.**

**- Os juros de mora são aplicáveis na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao dispositivo.**

**- Apelações improvidas e remessa oficial parcialmente provida unicamente para calcular os juros de mora na forma do art. 1º, F, da Lei nº**

**9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao dispositivo.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimentos às apelações e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 11 de maio de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Apelações interpostas pela União e INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, contra sentença proferida nos autos da ação ordinária 2009.85.00.002275-1, pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, que julgou procedente o pedido objetivando a concessão da pensão especial, assegurada pela Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007.

Instruída, inclusive com investigação promovida pelo Ministério Público Estadual de Sergipe, que opinou em favor da concessão de pensão especial, como se vê às fls. 130/142, 173/189, 220/232, 265/277, 285/297, repetindo-se em vários outros pareceres constantes dos volumes II e III dos presentes autos.

Houve pedido de tutela antecipada (fl. 11), a qual obteve deferimento na ocasião da prolação da sentença (fls. 881/897) e, interpostas as apelações, foram as mesmas recebidas com efeito suspensivo, salvo em relação à tutela antecipada (fl. 943).

Pedido de desistência requerido por Anilton Silva Ramos, deferido (fl. 747).

Alega, inicialmente, na apelação, o INSS, a sua ilegitimidade e falta de interesse na causa, baseando-se no fato de que a autoridade administrativa competente para concessão da pensão almejada pelos autores é o Secretário Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, não tendo, por isso, competência administrativa para deferir ou indeferir requerimento desta natureza. No mérito, sustenta que a instrução processual não obteve êxito em comprovar o caráter compulsório dos internamentos.

A União, por sua vez, preliminarmente, aponta como causa de resolução do processo sem análise do mérito, o não exaurimento das vias administrativas, visto que os autores requereram pensão especial, junto à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, a qual apreciou e indeferiu, até aquela data, apenas aqueles formulados por Olympio Santana (falecido), Rosalva Marques dos Santos e Gabriel dos Santos Filho, alegando, ainda mais, a ausência de registro de requerimento por parte de Anilton Silva Ramos – em relação ao qual já foi deferido pedido de desistência, fl. 747 – e Cosme Damião dos Santos. Afirma falta de interesse e ilegitimidade, visto que não houve resistência à pretensão dos apelados.

No mérito, afirmam as apelantes a insustentabilidade do pleito dos autores, frente ao fato de não haverem preenchido os requisitos essenciais exigidos pela Lei 11.520, especificamente o caráter compulsório dos internamentos. História as fases legislativas pelas quais modificou-se a política sanitária do país e, arrimando-se no artigo 10 da Lei 610/1949, defende a atenuação da prática de internamentos compulsórios, visualizando o fim da política segregacionista do Estado com a edição da Portaria MS 165, de 14/05/1976.

Contra-razões tempestivas.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Preliminarmente, julgo o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social parte interessada, posto que lhe cabe a obrigação do pagamento do benefício. A exemplo, o julgamento da AC 396678 (2003.81.00015522-3), Quarta Turma deste Tribunal Federal da 5ª Região, Relator o Des. Federal Convocado Edílson Nobre, publicado no *DJ* em 30.05.2007:

PREVIDENCIÁRIO. EX-FERROVIÁRIOS E PENSIONISTAS. CRITÉRIO DE REJUSTE DE BENEFÍCIO. TELEFAX 149. POSSIBILIDADE.

- Legitimidade configurada porque a RFFSA é a responsável pelo fornecimento dos dados indispensáveis aos cálculos de valores atinentes à aposentadoria dos ex-ferroviários, o INSS realiza o pagamento da aposentadoria propriamente dita e a União Federal cabe o pagamento do montante relativo à sua complementação.

- É de se reconhecer o direito ao cumprimento do Telefax 149/CORHU/2001 no benefício do autor para prevalecer a situação mais vantajosa ao ex-ferroviário/pensionista: ou a percepção do benefício reajustado unicamente pelo INSS ou complementado pela União, nos casos em que o salário reajustado se mostre inferior ao percebido pelo servidor da ativa.

- Sendo a relação de trato sucessivo o direito a ação não está atingido pela prescrição, estando prescritas apenas as prestações anteriores a 5 anos antes do ajuizamento da ação.

- Apelação do INSS e da RFFSA improvidas e provimento, em parte, da apelação da União e da remessa oficial.

Ainda preliminarmente, afastado a necessidade de se haver exauridas as vias administrativas. Vasta é a jurisprudência nesse sentido, como exemplo, o julgamento da AC 415697, Quarta Turma, Relator o Des. Federal MARCELO NAVARRO, publicado no *DJ* em 18.08.2008:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. COMPANHEIRA. TER-

MO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO OU, NA FALTA DESTE, DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

1. Não merece acolhida a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir arguida pela União. Ocorre que o exaurimento da via administrativa não deve constituir condição para a prestação jurisdicional. O amplo acesso à justiça configura garantia constitucional estabelecida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

2. O entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de reconhecer a condição de ex-combatente aos que participaram efetivamente de operações bélicas na Itália, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967.

3. Conforme disposto no art. 53, inc. II, do ADCT a condição de ex-combatente, uma vez reconhecida, garante o direito ao recebimento da pensão especial, a qualquer tempo.

4. Depreende-se do disposto no do art. 53, inc. III, do ADCT que, em caso de morte do ex-combatente, a pensão é devida à viúva ou companheira, em condições equiparadas pela Constituição Federal.

5. O termo inicial para percepção da pensão especial é a data do requerimento administrativo, ou, na falta deste, a data do ajuizamento da ação. Note-se que não é qualquer requerimento ou ação judicial que têm o condão de fixar o marco inicial para a percepção do benefício, mas somente aqueles que têm por objeto principal e direto concessão de pensão especial. Resta, assim, evidente que o ajuizamento de ação declaratória de reconhecimento de união estável não tem legitimidade para marcar o início da concessão do benefício.

6. Assim, entendo, que a autora tem direito ao recebimento da pensão especial desde abril de 2003, data em que foi efetivado o requerimento administrativo e ajuizada a presente ação, eventos que devem constituir o termo inicial para a concessão da pensão especial.

7. Precedentes.

8. Apelação parcialmente provida.

Da mesma forma, não há do que se falar em ausência de pretensão resistida, observando que a própria apelante admite que alguns requerimentos foram indeferidos (fl. 930), além do que, a própria demora da administração na resolução dos feitos a ela atribuídos pode ser interpretada como inércia administrativa. Somando-

se a isto, a exaustão das vias administrativas, no nosso sistema jurídico, não se configura condição da ação. Nessa direção, transcrevo abaixo os julgamentos da AC 312417 (2002.84.00003169-0), Terceira Turma, Des. Federal Geraldo Apoliano, publicado no *DJ* em 28.02.2008, e da REO 323568 (2001.83.00.016068-8), Terceira Turma, Relator Des. Federal Geraldo Apoliano, publicado no *DJ* em 14.05.2004:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES. ENQUADRAMENTO. PLANO ÚNICO DE CLASSIFICAÇÃO E RETRIBUIÇÃO DE CARGOS E EMPREGOS - PUCRCE. LEI Nº 7.596/87. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. DEMORA NA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Apelação interposta pela UFRN, em face da decisão que julgou procedente os pedidos de enquadramento dos apelados, que haviam sido distribuídos para a apelante.

2. Presença do interesse de agir. O acesso ao Poder Judiciário não está condicionado ao esgotamento das vias administrativas.

3. Impossibilidade de os apelados ficarem a mercê da inércia da Administração, que ainda não concluiu o procedimento administrativo de enquadramento, iniciado há mais de sete anos. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, improvidas.

REMESSA OFICIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR. VIÚVA. ART. 215 DA LEI Nº 8.112/90. PARCELAS PRETÉRITAS. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Pensão que deveria ter sido paga pela Administração à autora a partir do óbito do servidor, consoante preconiza o art. 215 da Lei nº 8.112/90.

2. A demora da Administração em pagar o benefício caracteriza-se como uma pretensão resistida. Presença de interesse de agir, pois o exaurimento da via administrativa não se caracteriza como condição para se postular direitos, pois não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88). Remessa oficial improvida.

No mérito, as apelações do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social e da União são uníssonas em sustentar que a instrução

processual não foi capaz de comprovar a compulsoriedade dos internamentos, o que analisaremos a seguir:

1. Inicialmente, noticiam os autos compulsados que, na fase preliminar da instrução, ocasião em que foram buscados os documentos necessários a comprovação dos fatos alegados, não foram encontrados quaisquer deles concernentes aos ex-internados da Colônia Lourenço Magalhães, conforme declaração expedida pelo Coordenador Geral do Arquivo Geral do SES, entidade para a qual haveriam de ser remetidos os arquivos, na ocasião do fechamento do referido leprosário (fl. 29).

O Poder Público, assim como seus concessionários, hão de arquivar e fornecer documentos de interesse pessoal. A Colônia Lourenço Magalhães atuando sob amparo de legislação federal e subordinado às orientações do Ministério da Saúde, deveria haver registrado, não só os prontuários médicos dos internados, assim como de toda a sua atividade administrativa, seja de caráter patrimonial ou gerencial.

Em sentido análogo, o julgamento do Recurso Especial 540048 (2003.00.61038-6), Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no *DJ* em 12.04.2004:

Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade.

- De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exhibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição.

- A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido.

2. Em razão dessa ausência de documentos, os requerentes provocaram a atuação do Ministério Público do Estado de Sergipe

e do Ministério Público Federal. Para tanto, o Ministério Público de Sergipe desenvolveu árduo trabalho no desiderato de levantar informações atinentes aos ora apelados, como se vê nos pareceres constantes dos volumes I, II e III dos presentes autos, seja através da parca documentação preservada, muitas delas escritas à mão, e de declarações feitas por médicos e funcionários da entidade, assim como da oitiva dos apelados e de ex-companheiros de segregação, opinando, por fim, pela concessão da pensão especial aos então requerentes.

3. Vários dos apelados foram internados ainda na infância – JOSEFA RABELO SOARES, internada com 06 anos de idade, JOÃO BATISTA NONATO, internado com 06 anos de idade, JOSÉ MARCELINO DA CUNHA, internado com 13 anos de idade (fl. 89/90) – dentre vários outros, cresceram e, entre eles, procriaram diversos filhos, afastados dos mesmos e internados no então denominado “Preventório”.

A pouca idade, quando não há, ainda, capacidade jurídica e o afastamento obrigatório dos filhos gerados na colônia são indícios, a meu ver, de tolhimento da capacidade volitiva dos ora apelados. Foram vítimas da política sanitária praticada no país. O possível argumento de que poderiam haver sido internados com a concordância de seus familiares não poderia ser sustentado, pois seria ônus da administração provar essa anuência através de documentos públicos, os quais, provavelmente, nunca existiram.

4. Ressalto, por outro lado, o preconceito arraigado na doença, hanseníase, a mesma doença anteriormente denominada lepra, doença esta fartamente citada nos textos bíblicos, e o estigma carregado pelos seus portadores. Neste sentido, os julgamentos da AC 467061 (2009.05.99.000817-9), Primeira Turma, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, publicado no *DJ* em 16.06.2009, e da AC 371296 (2005.05.00.036634-1), Terceira Turma, Des. Federal Convocado Leonardo Resende Martins, publico no *DJ* em 18/09/2009:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. LEI Nº 8.213/91. HANSENÍASE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.



1. “A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição” (art. 42 da Lei nº 8.213/91).

2. Em sede administrativa, não houve controvérsia quanto à qualificação da autora como segurada especial.

3. Da conclusão da perícia judicial percebe-se que a demandante continua em tratamento, haja vista a afirmação do perito judicial: “[...] FAZENDO USO DE PREDMISONA (20 MG) P/ TRATAMENTO DE REAÇÃO HANSÊMICA - TIPO I”.

4. Resta claro, assim, que a apelante, portadora de hanseníase, afecção grave que dificulta, inclusive, a convivência social, encontra-se incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, fazendo jus, portanto, ao benefício de auxílio-doença e a sua consequente conversão em aposentadoria por invalidez.

5. Juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação e correção monetária segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

6. honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observada a determinação da Súmula 111 do STJ.

7. Apelação parcialmente provida.

**DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MILITAR. DOENÇA CONTRAÍDA EM RAZÃO DO SERVIÇO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL. DANOS PATRIMONIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. LUCROS CESSANTES. DESCABIMENTO.**

1. Responde a Administração Pública pelos danos morais causados a militar que, atuando como piloto de helicópteros da Aeronáutica na região amazônica no transporte de pacientes portadores de hanseníase, acaba contraindo a referida moléstia, acarretando sua incapacidade para o serviço militar e consequente reforma.

2. Considerados os dissabores vivenciados pela vítima em

decorrência da patologia em questão – a interrupção precoce da carreira militar, a necessidade de submeter-se ao tratamento, o preconceito por ser portador de uma doença socialmente estigmatizante –, a quantificação dos danos morais realizada pelo magistrado, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), revela-se razoável, dentro dos parâmetros ditados pela prudência, não importando enriquecimento indevido.

3. Descabida a pretensão do autor de receber, a título de danos materiais, valor equivalente a 2/3 (dois terços) da remuneração que iria auferir segundo sua expectativa de vida. O reconhecimento de indenização da forma postulada pelo autor conduziria a inaceitável *bis in idem*, já que sua remuneração continua a ser paga de modo integral, desta feita sob a forma de proventos.

4. Vale destacar que o propósito central da indenização é o de assegurar à vítima tudo aquilo que perdeu ou deixou de ganhar em razão do evento danoso. Assim, se o autor, ao ser reformado em virtude da doença incapacitante, continuou a perceber regularmente os valores que auferia na ativa como remuneração, não há falar em redução patrimonial a ensejar reparação civil a esse título.

5. Ademais, não restou comprovado ter o autor suportado gastos adicionais com tratamento de saúde, o qual foi custeado pela Administração militar.

6. Descabida igualmente a pretensão do autor de auferir lucros cessantes, haja vista que não se poderia razoavelmente supor que o mesmo, não fosse a precipitada reforma decorrente da doença incapacitante adquirida em serviço, viesse efetivamente a ser promovido sucessivamente na carreira, até alcançar a patente de Oficial General-Brigadeiro, tal como postulado.

7. Apelações e remessa oficial desprovidas.

Para concluir, transcrevo trecho da sentença, da qual ora se apela, proferida pelo Juiz Federal Ronivon Aragão:

A pensão que hoje se discute nestes autos é apenas uma resposta, tardia, é verdade, do Estado reconhecer que, não obstante tenha que agir em defesa do interesse público, não pode interferir na vida das pessoas de forma tão drástica, mesmo que a pretexto de defesa social. É apenas uma reparação. Por certo não reparará os dias e as horas que os filhos não tiveram com os seus pais, que os

esposos não tiveram com suas esposas. Também não reparará o estigma daqueles que carregaram por longos anos a pecha de “intocáveis”.

Pelas razões expostas, nego provimentos às apelações e dou parcial provimento à remessa oficial, tão somente para calcular os juros de mora na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao dispositivo.

É como voto.

### **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.661-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Apelantes: FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES, VOLMIR COSTENARO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. RENAN MARTINS VIANA E OUTRO (1º APTE.)  
Def. Dativo: DR. DERLI DALLEGRAVE (2º APTE.)

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO, POR FISCAIS DO IBAMA, EM TROCA DE LICENÇA AMBIENTAL. PORTE, POR UM DOS ACUSADOS, DE ARMA DE FOGO SEM AUTORIZAÇÃO. CRIME DE CONCUSSÃO E DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL C/C ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/2003. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONSUBSTANCIADO NA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 273 DO STJ. APLICAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. CRIME DE CONCUSSÃO EM RELAÇÃO A AMBOS OS APELANTES (FISCAIS DO IBAMA). DELITO FORMAL. CONJUNTO PRO-**

**BATÓRIO SÓLIDO A COMPROVAR A AUTORIA DE MATERIALIDADE DELITUOSAS. DOSIMETRIA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA REDUZIR O VALOR DO DIA-MULTA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. EXTENSÃO AO CORRÉU (CPP, ARTIGO 580). ARMA DE FOGO ENCONTRADA NO INTERIOR DA VIATURA DO IBAMA UTILIZADA EM SERVIÇO PELO ACUSADO (FISCAL). CONDUTA QUE CONFIGURA POSSE DE ARMA – NÃO SENDO ELEMENTAR DO TIPO PENAL DO PORTE. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA PREVISTA NA LEI 10.826/03, QUE DEVE RETROAGIR PARA BENEFICIAR O RÉU QUE COMETEU O CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA NA VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97. ATIPICIDADE DE CONDUTA. CONDENAÇÃO AFASTADA DO CRIME DE PORTE ILEGAL.**

**PRELIMINAR:**

**- “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado” – Enunciado da Súmula nº 273 do STJ).**

**MÉRITO:**

**- Servidores públicos do quadro do IBAMA, que durante fiscalização em empreendimento imobiliário, exigem R\$ 8.000,00 (oito mil reais) em troca de licença ambiental, e recebendo do sócio da obra, cada um dos servidores, R\$ 1.000,00 (um mil reais) perfazem o crime de concussão, previsto no artigo 316 do Código Penal.**

**- O delito de concussão, eminentemente formal, consuma-se com a simples imposição da vantagem indébita, não exigindo a anuência da pessoa que sofre a ameaça, e sequer, o resultado visado pelo agente.**

**- Conjunto probatório sólido a comprovar a materialidade e autoria do delito imputado aos servidores do Ibama que, valendo-se de sua função de servidor público, exigiram pagamento de**

**quantia indevida em troca de licença ambiental.**

**- A conduta do acusado em manter sob sua posse no local de trabalho (viatura utilizada na fiscalização do Ibama) arma de fogo – não é elementar o tipo penal previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 (Porte Ilegal), cuja condenação ora se afasta.**

**- Segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça “é atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art.12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03 (com redação dada pela Medida Provisória nº 417/2008, convertida na Lei 11.706/2008), que conferiu nova redação aos artigos 30 e 32 da Lei nº 10826/2003, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização.**

**- Flagrado o acusado (24 de janeiro de 2004), dentro do período chamado de vacatio legis indireta, quando havia uma abolitio criminis temporária, que teve seu termo inicial em 23 de dezembro de 2003 e termo final em 31 de dezembro de 2008, tão somente para os possuidores de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito, impõe-se reconhecer a atipicidade da conduta.**

**- Provimento em parte ao recurso do réu Volmir Costenaro para reduzir o valor dia-multa para 80% (oitenta por cento) do salário mínimo vigente. Extensão da redução da pena de multa ao corréu (CPP, art. 580).**

**- Apelação do réu FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES parcialmente provida para afastar a condenação pelo crime de porte ilegal de arma.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar, arguida

pelo réu VOLMIR COSTENARO, de nulidade do feito por cerceamento de defesa e, no mérito, dar parcial provimento à apelação do réu FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES para afastar a condenação pelo crime de porte ilegal e dar parcial provimento à apelação do réu VOLMIR COSTENATO para reduzir o valor da multa para 80% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, estendendo a redução da pena de multa ao corréu FRANCISCO MENDES (CPP, art. 580), nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de abril de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações criminais interpostas pelos acusados FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES (fls. 282/294) e VOLMIR COSTENARO (fls. 326/328) contra sentença (fls. 261/274) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que, julgando procedente a denúncia, condenou:

- 1) o acusado FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES pela prática dos crimes previstos nos artigo 316 do Código Penal (concessão) c/c o do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma) à pena definitiva, em face do concurso material de crimes, de 04 (quatro) anos de reclusão (crime de concessão: 02 anos e crime de porte: 02 anos), em regime aberto, e 60 dias-multa;
- 2) o acusado VOLMIR COSTENARO pela prática do crime previsto no artigo 316 do Código Penal (concessão) à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 40 dias-multa

Ao final, facultou aos réus o apelo em liberdade e substituiu a pena de reclusão por restritivas de direito.

Segundo a denúncia, os acusados, ambos servidores públicos federais do IBAMA, foram presos em flagrante por terem exigido a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), em troca de uma licença ambiental de um empreendimento imobiliário localizado na Praia da Caponga, Cascavel/CE, exigência recusada por um dos sócios responsável pela obra, Sr. JOHANN HERMANN FRIEDRICH HAAS.

Historia a denúncia que, em face da recusa do responsável pela obra, e pela insistência dos acusados, realizou-se um acordo onde seria entregue R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo a vítima (sócio da obra) solicitado um tempo a fim de comunicar o fato ao dono (outro sócio) da obra, ficando, então, avençado que os fiscais do IBAMA (os ora acusados) retornariam no dia seguinte para receber a quantia ajustada. Realizada a consulta ao dono da obra, esse autorizou que fosse pago o valor exigido, porém recomendou que o fato fosse levado ao conhecimento do IBAMA e da Polícia Federal. De posse dessa informação e sabendo que os fiscais retornariam à obra, os policiais federais se posicionaram nas imediações do escritório do Sr. JOHANN HERMANN FRIEDRICH HAAS, quando perceberam a chegada de um veículo oficial do Ibama com três pessoas, tendo o motorista permanecido na viatura.

Giza a exordial que, ao saírem do escritório e entrarem no carro oficial, os acusados foram abordados pelos Policiais Federais, que procederam a busca pessoal, logrando encontrar com cada um dos acusados, 20 (vinte) cédulas de cinquenta reais (R\$ 1.000,00) e uma arma de fogo a qual estava no interior da bolsa do acusado Francisco Mendes.

Conclui a denúncia que o acusado FRANCISCO MENDES foi exonerado da função de chefe de fiscalização do IBAMA e que deveria ter devolvido a arma de fogo pertencente à Autarquia Federal, que estava em seu poder, considerando que o porte de arma autorizado aos servidores daquela repartição são específicos para os fiscais em atividade de fiscalização.

O Ministério Público Federal imputou aos dois acusados, em face de terem exigido vantagem indevida em razão da função ocupada por eles, a prática de crime previsto no artigo 316 do Código Penal (concessão). E, em relação ao acusado FRANCISCO MEN-

DES, ainda, a prática do crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, uma vez que portava arma de fogo sem a devida autorização.

O acusado FRANCISCO MENDES foi posto em liberdade, mediante fiança (Alvará de Soltura – fl. 63 e decisão singular fls. 64/65). Por sua vez, o acusado VOLMIR COSTENARO conseguiu sua soltura, também, pelo benefício da liberdade provisória mediante fiança, porém por força da liminar deferida por este Tribunal no HC nº 1825/CE (fls. 94/96).

**O primeiro apelante, FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES**, insurge-se pela reforma do decreto condenatório, com o fim de ser absolvido, em face de serem temerárias e improcedentes as acusações contra ele imputadas, relevando-se as seguintes argumentações:

- 1) que participou das diligências por determinação da Coordenadora da Divisão Técnica em Qualidade Ambiental do Ibama no Ceará;
- 2) a idéia de solicitar estudo de viabilidade ambiental do empreendimento Condomínio Água Verde partiu do acusado VOLMIR COSTENARO, e o fato de ter acompanhado referido acusado, em tal diligência, fez com que o sócio da obra, Sr. Johann Haas, deduzisse que o acusado VOLMIR falava em nome de ambos ao exigir a vantagem indevida;
- 3) que a exigência feita ao sócio da obra, não era do seu conhecimento e sim do acusado VOLMIR, razão pela qual não haveria vínculo subjetivo entre os réus nos fatos narrados na denúncia;
- 4) que a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) que recebeu do acusado VOLMIR, referia-se ao pagamento de 12.000 mudas e sementes;
- 5) que foi servidor competente, dedicado ao IBAMA, sem antecedente criminal ou funcional;
- 6) que recebeu a arma de fogo do acervo do IBAMA, através de recibo formal do servidor Francisco José Arruda Canuto, para fins específicos de conserto, manutenção e limpeza.



**O segundo apelante, VOLMIR COSTENARO**, pugna pela reforma da sentença recorrida, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, consubstanciado no fato de o defensor do acusado não ter sido intimado das audiências decorrentes da expedição de cartas precatórias, já que, segundo a defesa, tal diligência seria obrigatória. Pleiteia pela anulação de todos os atos processuais a partir da expedição das cartas precatórias.

No mérito, pugna, tão-somente pela redução da pena de multa, atendendo à condição econômica do acusado e em face de o valor da pena pecuniária ter sido superior ao valor da própria concussão.

Contrarrazões apresentadas pela acusação (fls. 301/308 e fl. 333), que pugnou pela manutenção da sentença condenatória.

No Parecer Ministerial (fls. 338/343), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Wellington Cabral Saraiva, opinou pela rejeição da preliminar arguida pelo réu VOLMIR e pelo não provimento da apelação do réu FRANCISCO MENDES e pelo parcial provimento do apelo do réu VOLMIR para reduzir a pena de multa, aos seguintes argumentos:

- 1) intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado – enunciado da Súmula nº 273 do STJ;
- 2) os autos contêm elementos suficientes para demonstrar a materialidade e autoria do delito de concussão;
- 3) o porte de arma de fogo sem autorização, por parte de um dos acusados, feriu a Lei nº 10.826/2003;

A fixação do valor do dia-multa, para cálculo da pena de multa, deve levar em conta a situação econômica do réu. Caso em que o Ministério Público Federal propõe a redução de cada dia-multa de um salário mínimo para 80% do salário mínimo vigente à época do fato.

É o que havia de relevante para relatar.

Encaminhem-se os autos ao Eminentíssimo Sr. Desembargador Federal Revisor, nos termos regimentais.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES foi condenado pela prática dos crimes previstos nos Artigo 316 do Código Penal (concussão) c/c o do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma) à pena definitiva, em face do concurso material de crimes, de 04 (quatro) anos de reclusão (crime de concussão: 02 anos e crime de porte: 02 anos), em regime aberto, e 60 dias-multa

Por sua vez, VOLMIR COSTENARO pela prática do crime previsto no Artigo 316 do Código Penal (concussão) à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 40 dias-multa

Foi facultado a ambos os réus o apelo em liberdade.

**FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES** insurge-se pela reforma do decreto condenatório, com o fim de ser absolvido, em face de serem temerárias e improcedentes as acusações contra ele imputadas, relevando-se as seguintes argumentações: a) que participou das diligências por determinação da Coordenadora da Divisão Técnica em Qualidade Ambiental do Ibama no Ceará; b) a idéia de solicitar estudo de viabilidade ambiental do empreendimento Condomínio Água Verde partiu do acusado VOLMIR COSTENARO, e o fato de ter acompanhado referido acusado, em tal diligência, fez com que o empreiteiro da obra, Sr. Johann Haas, deduzisse que o acusado VOLMIR falava em nome de ambos ao exigir a vantagem indevida; c) que a exigência feita, não era do seu conhecimento e sim do acusado VOLMIR, razão pela qual não haveria vínculo subjetivo entre os réus nos fatos narrados na denúncia; d) que a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) que recebeu do acusado VOLMIR, referia-se ao pagamento de 12.000 mudas e sementes; e) que foi servidor competente, dedicado ao IBAMA, sem antecedente criminal ou funcional; e) que recebeu a arma de fogo do acervo do IBAMA, através de recibo formal do servidor Francisco José Arruda Canuto, para fins específicos de conserto, manutenção e limpeza.

**VOLMIR COSTENARO** pugna pela reforma da sentença recorrida, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, con-

substanciado no fato de o defensor do acusado não ter sido intimado das audiências decorrentes da expedição de cartas precatórias, já que, segundo a defesa, tal diligência seria obrigatória. Pleiteia pela anulação de todos os atos processuais a partir da expedição das cartas precatórias.

No mérito, pugna, tão-somente pela redução da pena de multa, atendendo a condição econômica do acusado e em face de o valor da pena pecuniária ter sido superior ao valor da própria concessão.

Passo à análise.

### **PRELIMINAR DE CERCEAMENTO À DEFESA DO ACUSADO VOLMIR COSTENARO**

Pede-se a reforma da sentença recorrida, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, consubstanciado no fato de o defensor do acusado não ter sido intimado das audiências decorrentes da expedição de cartas precatórias, já que, segundo a defesa, tal diligência seria obrigatória. Pleiteia a anulação de todos os atos processuais a partir da expedição das cartas precatórias.

Nunca é tarde lembrar que, no que tange às nulidades no processo penal, a regra básica encontra-se encartada no artigo 563, segundo o qual **“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”**, aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Também, como consequência, o artigo 566 do CPP, que dispõe que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Se os atos processuais têm como fim a realização da justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles, não há razão para renová-lo. Com esse fundamento, determina também o artigo 571, II que são consideradas sanadas nulidades previstas no art. 564, III, *d, e*, segunda parte, *g, h* e IV, se praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim.

Referida arguição de nulidade, trazida, inclusive, nas alegações finais, foi devidamente enfrentada na sentença recorrida (fl. 263 – item 17), *in verbis*:

(...) Aduz a defesa, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, na medida em que o defensor técnico do acusado não foi intimado das audiências determinadas em decorrência da expedição das precatórias, requerendo, pois a nulidade daqueles atos e a renovação de todas as audiências que foram realizadas sem a devida intimação. Ocorre que, conforme mostra Termo de audiência de fls. 29/30, foi determinada a expedição de carta precatória para a oitiva da testemunha Johann Hermann Friedrich Haas, saindo desde já todos os intimados, verificando-se a presença do defensor do acusado, Sr. ANTÔNIO DELANO SOARES CRUZ. O mesmo se verifica em Termo de Audiência de fls. 68/69, quando foi determinada a expedição de cartas precatórias para inquirição das testemunhas arroladas pelo réu Volmir Costenaro, se tratando dos Srs. Roberto Franco da Silva, Eduardo Antônio Matos Monteiro e Maria Lúcia Medeiros Alcântara, saindo todos já intimados, verificando-se, mais uma vez, a presença do defensor ANTÔNIO DELANO SOARES CRUZ. Ademais, pode-se constatar às fls. 85/87 que os defensores foram devidamente intimados. Portanto, é refutada a alegação de cerceamento de defesa por parte do acusado Volmir Costenaro, uma vez que seu defensor foi devidamente intimado em audiência, acerca da expedição das cartas precatórias destinadas às oitivas das testemunhas (...).

O reconhecimento de uma nulidade exige a demonstração de efetivo prejuízo pela parte.

Por outro lado, cientificada a defesa da expedição da carta precatória, o que, de fato, ocorreu neste processo (fls.29/30; 68/69 e 85/87), cumpre ao advogado diligenciar e acompanhar a realização de todos os atos processuais no juízo deprecado, destacando-se que, nos termos do art 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal, “a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituo, ainda que provisoriamente ou para só efeito do ato”.

Esse entendimento foi consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 273, *verbis*: “intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data de audiência no juízo deprecado”.

A matéria levantada pela defesa já foi, inclusive, conhecida e refutada pelo Supremo Tribunal Federal, como podemos verificar do julgado abaixo transcrito:

*Habeas Corpus*. – A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que é prescindível a requisição do réu preso para acompanhar inquirição de testemunha em juízo deprecado, bastando que o defensor, como no caso o foi, tenha sido intimado da expedição da carta precatória, bem como de que não há necessidade de intimação do advogado do réu da data da inquirição de testemunha em outra comarca, se foi ele intimado da expedição da precatória. (...) *Habeas Corpus* indeferido. (STF - HC 75030/SP - Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJ07-11-1997(...))

A atual Constituição brasileira, ao contrário de todos os textos que a precederam, consagrou, explicitamente, o devido processo legal, adotando a fórmula anglo-saxã, em tradução literal.

Por sua vez, Frederico Marques, salienta que “o processo só atende à sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito. E no processo penal esse procedimento tem de plasmar-se segundo o *modus operandi* que assegure “aos acusados a ampla defesa, com recursos a ela inerentes. Isto significa a consagração do devido processo legal como norma fundamental de procedimento e garantia suprema do *ius libertatis*”. Assim, o devido processo, está consubstanciado numa série de garantias das partes e do próprio processo, que, por sua vez, tem índole eminentemente assecuratória.

Diante destas breves considerações, não merece prosperar a arguição preliminar de que houve nulidade do processo por cerceamento à defesa do acusado VOLMIR COSTENARO.

## **MÉRITO**

Segundo a denúncia, os acusados, ambos servidores públicos federais do IBAMA, foram presos em flagrante por terem exigido a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), em troca de uma licença ambiental de um empreendimento imobiliário localizado na Praia da Caponga, Cascavel/CE, exigência recusada por um dos sócios responsável pela obra, Sr. JOHANN HERMANN FRIEDRICH HAAS.

Historia a denúncia que, em face da recusa do responsável pela obra, e pela insistência dos acusados, realizou-se um acordo onde seria entregue R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo a vítima (sócio da obra) solicitado um tempo a fim de comunicar o fato ao dono (outro sócio) da obra, ficando, então, avençado que os fiscais do IBAMA (os ora acusados) retornariam no dia seguinte para receber a quantia ajustada. Realizada a consulta ao dono da obra, esse autorizou que fosse pago o valor exigido, porém recomendou que o fato fosse levado ao conhecimento do IBAMA e da Polícia Federal. De posse dessa informação e sabendo que os fiscais retornariam à obra, os policiais federais se posicionaram nas imediações do escritório do Sr. JOHANN HERMANN FRIEDRICH HAAS, quando perceberam a chegada de um veículo oficial do Ibama com três pessoas, tendo o motorista permanecido na viatura.

Giza a exordial que, ao saírem do escritório e entrarem no carro oficial, os acusados foram abordados pelos Policiais Federais, que procederam a busca pessoal, logrando encontrar com cada um dos acusados, 20 (vinte) cédulas de cinquenta reais (R\$ 1.000,00) e uma arma de fogo a qual estava no interior da bolsa do acusado Francisco Mendes.

Argumenta a denúncia, por fim, que o acusado FRANCISCO MENDES foi exonerado da função de chefe de fiscalização do IBAMA e que deveria ter devolvido a arma de fogo pertencente ao IBAMA, que estava em seu poder, considerando que o porte de arma autorizado aos servidores daquela repartição são específicos para os fiscais em atividade de fiscalização.

O Ministério Público Federal imputou aos dois acusados, em face de terem exigido vantagem indevida em razão da função ocupada por eles, a prática de crime previsto no Artigo 316 do Código Penal (concussão). E, em relação ao acusado FRANCISCO MENDES, ainda, a prática do crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, uma vez que portava arma de fogo sem a devida autorização.

Como pormenorizado na exordial, imputou-se a ambos os apelantes a prática de crime de concussão, nome atribuído à extorsão praticada por funcionário público, com a violação de seu dever para com a Administração Pública em geral, de tipificação concebida no artigo 316 do Código Penal:

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

O apelante FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES também é acusado de porte ilegal de arma, previsto no Artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, que diz:

Art.14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Anteriormente à análise do mérito dos recursos interpostos, impõe-se algumas breves considerações sobre o delito de concussão, previsto no Código Penal no seu artigo 316, em face de terem sido ambos os apelantes incurso e condenados em face do referido tipo penal.

Evidenciando o núcleo do tipo penal no verbo ‘exigir’, o seu estudo enseja a oportunidade de recordar a lição memorável de NÉLSON HUNGRIA, em seus “Comentários ao Código Penal” - volume IX, Forense, 1959:

No seu tipo fundamental, a concussão consiste no fato de o funcionário público “exigir”, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”... Exigir é impor como obrigação ou reclamar imperiosamente. A exigência pode ser formulada diretamente, *a viso aperto* ou *facie ad faciem*, sob ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira. Segundo advertia CARRARA, sempre concorre a influir sobre a vítima o *metus publicae potestatis*. Para que o receio seja inculcado, não é necessário que o agente se

ache na atualidade de exercício de função: não deixará de ocorrer ainda quando o agente se encontre licenciado ou até mesmo quando, embora já nomeado, ainda não haja assumido a função ou tomado posse de cargo. O que se faz indispensável é que a exigência se formule em razão da função. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade.

A vantagem exigida, para ser prestada de imediato ou de futuro, em favor do próprio agente ou de terceiro, há de ser indevida, isto é, não correspondente, no todo ou em parte, a dispositivo legal. Entende-se que a vantagem é de natureza econômica. A concussão não é mais que a exigência de um pagamento indébito ou do reconhecimento de uma inexistente obrigação (no sentido jurídico).

Trata-se de crime eminentemente formal: consuma-se com o simples fato da exigência de indébita vantagem. Se sobrevém a efetiva percepção desta, o que ocorre é apenas o exaurimento do crime (a que a lei, na espécie, não condiciona qualquer majoração da pena). Não é admissível a tentativa: ou é feita a exigência e o crime se consuma; ou deixa de ser feita, e nada mais poderá haver que uma intenção não exteriorizada.

O elemento subjetivo é o dolo genérico: vontade livremente dirigida à exigência da vantagem, sabendo o agente que esta é indevida ...

Conclui-se que o delito de concussão é formal, consuma-se antecipadamente, com a mera imposição de indevido pagamento: não exige a anuência da pessoa que sofre a ameaça e, sequer, o resultado visado pelo agente.

Nessa mesma linha, firmou-se o consenso da jurisprudência, sendo ilustrativo o exemplo:

Crime de concussão: é crime formal, que se consuma com a exigência. Irrelevância no fato do não recebimento da vantagem indevida.

(STF - 2ª Turma - HC Nº 74.009/MS; Rel. MIN. CARLOS VELLOSO - DJU 14/03/97)

Tal é o enunciado da Súmula nº 96 do Superior Tribunal de Justiça:



O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

Feitas tais considerações, passo à análise do mérito dos recursos interpostos pelos acusados.

### **RECURSO DO ACUSADO FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES**

Conforme já frisei anteriormente, FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES pugna por sua absolvição sob os seguintes fundamentos: a) que participou das diligências por determinação da Coordenadora da Divisão Técnica em Qualidade Ambiental do Ibama no Ceará; b) a idéia de solicitar estudo de viabilidade ambiental do empreendimento Condomínio Água Verde partiu do acusado VOLMIR COSTENARO, e o fato de ter acompanhado referido acusado, em tal diligência, fez com que o construtor da obra, Sr. Johann Haas, deduzisse que o acusado VOLMIR falava em nome de ambos ao exigir a vantagem indevida; c) que a exigência feita 'não era do seu conhecimento e sim do acusado VOLMIR, razão pela qual não haveria vínculo subjetivo entre os réus nos fatos narrados na denúncia; d) que a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) que recebeu do acusado VOLMIR, referia-se ao pagamento de 12.000 mudas e sementes; e) que foi servidor competente, dedicado ao IBAMA, sem antecedente criminal ou funcional; e) que recebeu a arma de fogo do acervo do IBAMA, através de recibo formal do servidor Francisco José Arruda Canuto, para fins específicos de conserto, manutenção e limpeza.

É o tipo de ação penal que urge pela valoração da prova oral, consubstanciada nos interrogatórios dos acusados e nos depoimentos das testemunhas, em face da dificuldade de comprovação dos crimes desta espécie pelo que se impõe algumas transcrições da própria sentença recorrida (fls. 263 e seguintes) que associo à necessidade de melhor esclarecer os fatos:

**Em Auto de Interrogatório de fls. 31/33, FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES** afirmou que: “QUE não é verdadeira a acusação contida a denúncia; que ao retornar de férias, foi designado por sua chefe Kilvia Teixeira para ir juntamente com Volmir Costenaro para realizar uma inspeção na praia da Caponga (...); que foram em Caponga

no dia vinte e oito (...); que no local constatou o interrogando que já existia uma autorização ambiental do SEMACE; que resolveu indagar a um alemão, responsável pelo empreendimento, se ele estava na posse do estudo de viabilidade ambiental - EVA; que ele respondeu que não estava com ele, no momento, esse estudo; que após isso, por problemas intestinais, o interrogando se retirou ao sanitário; que quando estava no sanitário, Volmir Costenaro ficou conversando com o alemão; que ao retornar, foi informado ao interrogando por Volmir, que no outro dia o alemão entregaria o EVA (...); que no dia seguinte, numa quinta-feira, o interrogando e Volmir tiveram que fazer uma fiscalização no Eusébio e em Cascavel; que aproveitaram então e passaram em Cascavel, onde se localizava o escritório da construtora, e ver se o alemão havia deixado o EVA (...); o interrogando com o seu colega foram chamados pelo alemão que lhes disse que o estudo não estava no escritório; que o alemão questionou os fiscais do porquê de suas presenças, já que a obra tinha sido licenciada pela SEMACE; que em resposta, o interrogando informou que não estava ali por questão de licenciamento, mas apenas para atender ao requerido pelo MPF; que no meio da conversa, o interrogando saiu para o carro do IBAMA para pegar alguns documentos contendo atos legislativos ambientais (...); que durante a conversa não houve qualquer solicitação, seja pelo interrogando seja por Volmir, de que o alemão lhes pagasse alguma quantia em dinheiro; que quando saíram, depois de andarem aproximadamente cinqüenta a cem metros, apareceram aproximadamente três carros da polícia federal e abordaram o interrogando e Volmir; que ao serem abordados, um dos policiais perguntou a Volmir “cadê os dois mil?”; que Volmir respondeu que estava com mil e havia dado mil reais para o interrogando; que Volmir realmente havia dado mil reais ao interrogando antes de saírem do escritório; que esse mil reais dado por Volmir ao interrogando referiam-se a mudas de plantas do IBAMA que o interrogando tinha passado a Volmir (...); que a arma referida da denúncia era de propriedade do IBAMA e estava sob responsabilidade do agente Francisco José Arruda Canuto; que há aproximadamente oito meses antes dos fatos narrados na denúncia, o agente Francisco havia dado a arma ao interrogando dizendo que ela estava com problemas de manutenção”.

Por sua vez, **em Auto de Interrogatório de fls.34/37, VOLMIR COSTENARO falou:** “QUE não é verdadeira a acusação contida na inicial; que foi designado por sua chefe Kílvia para realizar fiscalizações em vários municípios, relacionados a vários procedimentos administrativos (...); que no dia de terça-feira iniciaram as fiscalizações (...); que chegaram na Caponga por volta de catorze e trinta; que no local constataram uma placa da SEMACE; que entraram em contato com o responsável pelas obras que lá se encontrava e lhe pediram a documentação ambiental e administrativa (...); que esse responsável entrou em contato por telefone com um “gringo” que estava se deslocando de Fortaleza para o seu escritório situado em Cascavel; que ficou estabelecido que o interrogando e o denunciado Francisco José encontrariam esse “gringo” em Cascavel, no mesmo dia (...); que depois de haver se dirigido ao escritório do “gringo” em Cascavel, este lhes forneceu vários documentos relativos à obra (...); que o interrogando argumentou por se tratar de uma área federal será necessário o licenciamento do IBAMA, inclusive com a realização prévia da recuperação da vegetação degradada (PRADE - Plano de Recuperação de Área Degradada) (...); que o gringo perguntou aos fiscais se conheciam alguém que poderia fazer o PRADE; que, como são impedidos, o interrogando disse que conhecia alguém, o engenheiro florestal Mauro Ferreira Lima, que poderia fazer esse serviço que custaria oito mil reais; que o gringo perguntou como seria efetuado o pagamento; que o interrogando informou que seria necessário um adiantamento de aproximadamente dois mil reais para custear as despesas iniciais (...); que depois de uma longa conversa, o “gringo” disse que não teria na ocasião os dois mil reais mencionados, mas poderia pagar no outro dia; que ficou combinado que o interrogando e o denunciado Francisco Mendes retornariam no outro dia (...); que no dia anterior, no carro do IBAMA, Francisco José havia pedido uma dívida que mantinha com o interrogando no valor de mil reais (...); que depois de pegarem o carro, foram abordados por policiais federais (...); que também foi encontrado um revólver na posse de Francisco José (...); que a arma estava guardada em uma bolsa preta do IBAMA de uso partícula de Francisco José (...); que esclarece que nas conversações que manteve com o gringo Francisco José permaneceu todo tempo em suas compa-

nhias, não se retirando, portanto (...); que o gringo tinha dificuldade de se expressar e de entender a língua portuguesa; que por isso pode ter havido um equívoco de compreensão por parte do gringo”.

Em síntese, Francisco José Mendes Tavares afirmou ter se retirado por duas vezes, a primeira por problemas intestinais, durante a primeira conversa, e a segunda para ir ao carro do IBAMA pegar uma documentação, no momento em que se encontrava no escritório em Cascavel. Tais alegações foram rebatidas pelo segundo denunciado que afirmou que durante todas as conversas com o “gringo”, Francisco José estava presente.

**21. Em depoimento de fls. 66/67, JOHANN HERMANN FRIEDRICH HAAS disse:** “QUE presenciou o crime narrado na inicial; que o depoente é dono de uma construtora e na época era responsável pela obra (...); que a obra tinha licença do SEMACE (...); que o depoente estava deixando o dono da obra no aeroporto quando recebeu uma ligação telefônica noticiando a presença de funcionários do IBAMA na obra; que foi ao local da obra e lá os funcionários do IBAMA exigiram documentação referente à licença; que o depoente afirmou que os documentos estavam em seu escritório na cidade de Cascavel, para onde se dirigiu juntamente com os acusados (...); que o acusado Volmir Costenaro noticiou a possibilidade de embargar a obra, mas logo informou a possibilidade de negociação com o depoente a que passou um papel com o valor escrito de 8.000,00 (...); que o depoente afirmou que teria que consultar o dono da obra, pois não poderia pagar o dinheiro do seu próprio bolso, nem sem sua autorização; que ainda assim, no mesmo papel, o depoente efetuou uma contra proposta descrevendo o valor de 1.000,00; que o Sr. Volmir Costenaro escreveu a expressão 2x (duas vezes) no mesmo papel, afirmando que seriam divididos entre os dois acusados; que sobre o pretexto de ter que consultar o dono da obra, o depoente marcou a resposta para o dia seguinte; que o depoente contactou o dono da obra que autorizou o pagamento, mas exigiu a denúncia do fato; que o depoente entrou em contato com o gerente do IBAMA, o Sr. Kamundo, e ele prometeu tomar providências junto à Polícia Federal; que na manhã seguinte recebeu uma ligação da Polícia Federal noticiando que colocaria uma equipe de agentes para efetuar o flagrante (...); que

entregou os dois mil reais (...); que na ocasião da entrega do dinheiro o Sr. Francisco José estava presente (...); que só através de comentários ouviu falar que é comum a exigência de dinheiro por parte dos fiscais do IBAMA (...)

A testemunha de acusação ODILON NOGUEIRA PINHEIRO NETO (fls.70/71), afirmou: “QUE é funcionário do Banco do Brasil desde 1982 (...); que em 2003, salvo engano, lhe procurou um estrangeiro de nome Johann Hermann Friedrich solicitando o saque de uma quantia de valor elevado em notas de número de série seqüenciais; que ele disse que precisava dessas notas, pois estava sendo extorquido por fiscais do IBAMA; que o depoente disse que, como não estava recebendo cédulas diretamente do Banco Central, não poderia fornecê-las em números seqüenciais (...); que segundo informação de Johann, o objetivo do saque era efetuar o flagrante dos fiscais, com auxílio da Polícia Federal, quando fosse efetuado o pagamento por eles exigido em seu escritório; que já à época, Johann falava e entendia bem a língua portuguesa”.

Os agentes de Polícia Federal, testemunhas arroladas pela acusação, disseram:

**PAULO CÉSAR MATIAS DA SILVA SANTOS** (Termo de Depoimento de fls.72/73): “QUE à época dos fatos denunciados, era chefe de operações da Delegacia de Prevenção e Repressão aos Crimes fazendários - DELEFAZ; que foi instado pelo chefe da Delegacia Regional Executiva - DREX da SR-CE – a se dirigir com uma equipe de policiais ao município de Cascavel para averiguar um possível cometimento do crime de corrupção por parte de fiscais do IBAMA (...); que a vítima se trata de um alemão de nome Johann; que a vítima havia marcado um encontro em seu escritório em Cascavel, às 16 horas, onde se efetuaría o pagamento aos fiscais (...); que ao chegar e identificar o local notou-se que havia uma caminhonete Toyota, estacionada na sua frente (...); que feito o pagamento, os dois fiscais saíram do escritório e se dirigiram ao veículo do IBAMA (...); que depois de percorrerem por volta de seiscentos metros, foram abordados pela equipe chefiada pelo depoente; que ao serem abordados o depoente perguntou onde estava o dinheiro; que imediatamente depois da pergunta, os fiscais apresentaram, sem questionamentos, a quantia de mil reais cada um em cédulas de cinqüenta

(...); que chegou a falar com Johann, tanto no local como na delegacia; que ele tanto entendia como se expressava muito bem em português (...); que na ocasião do flagrante também foi encontrado no interior do veículo, embaixo do banco traseiro, um revólver, que depois se veio, a saber, ser de propriedade do IBAMA (...); que os fiscais disseram que o pagamento era para eles mesmos (para os fiscais) e não para terceiras pessoas”.

**ANTÔNIO ERASMO MARINHO**, (fls. 74/75): “QUE se recorda que à época dos fatos chegou uma comunicação na superintendência da Polícia Federal dando conta de que dois supostos fiscais do IBAMA estariam exigindo de um estrangeiro de nome Johann Hermann valores para fim de que fosse liberada a obra deste sujeito; que em virtude disso, foi efetuada uma diligência de uma equipe chefiada pelo policial Paulo César Matias, da qual fez parte o depoente; que essa equipe se dirigiu ao Município de Cascavel onde estava situado o escritório da empresa (...); que ficaram no aguardo de os fiscais saírem; que a vítima deu um telefonema ao APF Paulo César Matias dizendo que tinha sido efetuado o pagamento; que então os fiscais saíram do escritório, entraram no veículo branco e começaram a se deslocar; que após alguns metros, foram abordados pelo depoente, auxiliado por seus colegas (...); que instados a apresentarem o dinheiro pelo APF Matias, eles esboçaram um estado de espanto, como se não soubessem do que se tratava; que como o APF Matias foi incisivo, eles acabaram apresentando, cada um, mil reais que estava nos seus respectivos bolsos (...); que ao ser revistado o veículo, foi encontrado em seu interior, dentro de uma bolsa situada no banco traseiro, um revólver calibre 38; que após pesquisa no sistema da PF foi constatado que a arma era de propriedade do IBAMA; que na ocasião do flagrante, o fiscal Francisco Mendes disse que a arma estava sob sua posse”.

Outra testemunha arrolada pela acusação, o motorista do IBAMA JOÃO MOURA DA COSTA, em depoimento de fls. 76/77, disse:

QUE está há aproximadamente vinte e três anos exercendo a função de motorista no IBAMA e nos órgãos que lhe antecederam; que no dia anterior ao da prisão dos réus se recorda que foi com os mesmos à praia da Caponga; que

não sabe o que foram fazer na praia da Caponga; que em nenhum momento os fiscais Volmir Costenaro e Francisco José Mendes falaram ao depoente o que iriam fazer em Cascavel; que estacionou o veículo em frente a uma casa, não sabendo se funcionava algo nesse local; que durante todo o tempo permaneceu dentro do veículo do IBAMA (...); que depois os fiscais saíram da casa, entrando no veículo e, quando estes se deslocavam, foram abordados pela Polícia Federal (...); que quando estava parado em frente à casa nenhum dos fiscais se dirigiu ao veículo para pegar algo.

O Coordenador de Proteção Ambiental do IBAMA, JOSÉ RIBEIRO NETO, testemunha de acusação, afirmou em Termo de depoimento de fls. 78/80:

QUE à época dos fatos era chefe de fiscalização do IBAMA (...); que quando foi preso, Francisco Mendes já não era chefe da fiscalização (...); que o procedimento normal seria a entrega da arma ao IBAMA (Setor de Patrimônio) depois que uma pessoa deixasse a chefia da fiscalização (...); que uma pessoa telefonou, conforme mencionado, para o gerente do IBAMA e para o próprio depoente dizendo que havia pessoas do IBAMA querendo embargar uma obra na praia da Caponga; que, salvo engano de sua memória, essa pessoa tinha um sotaque de estrangeiro, mas ela entendia e se expressava bem em português.

Ora, de caráter formal o crime, é de ver que a intervenção policial na fase do pagamento da vantagem indevida apenas se deu no momento quando já consumado o crime, que se deu com a simples exigência feita pelos apelantes. A interferência dos Agentes da Polícia Federal avisados pelo sócio da obra foi irrelevante à configuração do crime, pois se trata de flagrante esperado.

A idoneidade dos depoimentos prestados, seja os dos funcionários do IBAMA, como os da Polícia Federal, em sede judicial, sob o crivo do contraditório, se mostra incontestes.

Quanto à validade do depoimento testemunhal de agentes policiais, que participaram do flagrante, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. – O valor do depoimento testemunhal de

servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. – O depoimento testemunhal do agente de policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do ESTADO, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.

(STF - HC nº 73518/SP - Relator: MINISTRO CELSO DE MELLO - PRIMEIRA TURMA – DJ18-10-96)

Ao ‘exigir’ os apelantes a vantagem sabidamente ilícita consumou-se o crime. Os fatos a ele subsequentes como o posterior encontro dos fiscais com o sócio da obra e o acerto para a entrega do valor exigido pelos réus integram o exaurimento do crime.

A consumação se dera no momento da exigência da vantagem indevida, em razão da função ocupada pelos réus, servidores públicos, e o exaurimento ocorreu quando do recebimento da quantia exigida, que foi comprovada pela abordagem policial, oportunidade em que os acusados estavam na posse de R\$ 1.000,00, cada um, totalizando R\$ 2.000,00, como informado ao Ibama e à Polícia Federal, pela vítima JOHANN HERMANN.

Os depoimentos foram harmônicos com a narrativa da denúncia, mormente o da vítima, Sr. JOHANN HERMANN, que em consonância com o depoimento do ‘caixa’ do Banco do Brasil, comprova a concussão, uma vez que a vítima tentou obter provas por meios das cédulas com numeração sequenciada, que facilitaria a comprovação do crime. Contudo, restou por tirar fotocópias, que também atingiu o objetivo da comprovação do cometimento do crime pelos fiscais do Ibama.

Frise-se que o Laudo de Exame Documentoscópico Grafo-técnico (fls. 105/107 do IPL) atestou que os valores escritos no papel encontrado pela Polícia Federal, onde foram feitas as propostas da transação entre os fiscais do Ibama e o sócio da obra, partiram do punho do acusado VOLMIR COSTENARO.



No que se refere ao argumento do apelante FRANCISCO MENDES de que a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) que recebeu do acusado VOLMIR, referia-se ao pagamento de 12.000 mudas de sementes, não há como se apresentar convincente, pois conforme depoimento de fl. 32, pelo próprio apelante, as mudas pertenciam ao IBAMA, logo, como ele (servidor) poderia receber dinheiro por isso?

Nesse sentido, destaque-se excerto do Parecer Ministerial (fls. 341): "(...)Seria coincidência inacreditável que o corrêu decidisse pagar essas tais mudas precisamente no momento seguinte ao recebimento de propina, ainda mais no valor exato da metade da quantia recebida da vítima. Na verdade, é inaceitável a versão ce-rebrina concebida pelo réu, encontrado logo após a prática de concussão, em concurso de pessoas, na posse de dinheiro criminoso. Sua tentativa de forrar-se às consequências de seus atos chega a ser ofensiva ao bom senso, tal a inverossimilhança de seu suposto álibi (...)"

Diante de tais considerações, a robusta prova testemunha aliada aos demais elementos probatórios carreados aos autos (laudo de exame grafotécnico, auto de prisão em flagrante) comprovam a responsabilidade de ambos os réus na prática do crime de concussão, devendo a sentença ser mantida nesta parte.

### **DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA**

O interrogatório do acusado confirma que a arma encontrada estava na sua posse. Naquela ocasião, o réu afirmou que recebeu a arma de fogo do agente FRANCISCO ARRUDA CANUTO para fins de manutenção.

Ocorre que, o Laudo de Exame de Arma de Fogo (fls.250/251 do IPL) atesta que a arma se encontrava em bom estado de funcionamento.

Por fim, o Ofício nº 332/2004 do IBAMA (fl. 112 do IPL) confirma que o acusado FRANCISCO MENDES TAVARES não estava autorizado a portar arma de fogo durante o serviço.

Ocorre que, o Código Florestal (Lei nº 4.771 de 15/19/65), no seu artigo 24, dispõe:

Art. 24. - Os funcionários florestais, no exercício de suas funções, são equiparados aos agentes de segurança pública, sendo-lhes assegurado o porte de armas.

Por sua vez, tem o artigo 14 da Lei 10.826/2003 a seguinte dicção:

Art.14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A despeito de existir Ofício do IBAMA que diz que o acusado não tinha autorização legal para o porte da arma, em tese, havia uma previsão legal para tal conduta.

A arma de fogo foi apreendida no interior do veículo do IBAMA, utilizado em serviço, pelo acusado FRANCISCO MENDES, na condição de fiscal. Ou seja, estava a arma no local de trabalho, em tese.

Na realidade, a conduta era de posse de arma de fogo, que consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local do trabalho a arma. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho. Nesse sentido confirmam-se:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO. ARTIGOS 30, 31 E 32, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. APLICAÇÃO.(...)

I - Não se pode confundir posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma esteja fora da residência ou local de trabalho (Precedentes).

II - Os prazos a que se referem os artigos 30, 31 e 32, da Lei nº 10.826/2003, só beneficiam os possuidores de armas de fogo, i.e., quem a possui em sua residência ou

local de trabalho. Ademais, cumpre asseverar que o mencionado prazo teve o seu termo inicial em 23 de dezembro de 2003, e possui termo final previsto até 31 de dezembro de 2008, tão somente para os possuidores de arma de fogo de uso permitido (nos exatos termos do art.1º da Medida Provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei nº 11.706, de 19 de junho de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03).

III- *In casu*, a conduta atribuída ao recorrido foi a de possuir, no interior de sua residência, arma de fogo de uso permitido. Logo, enquadra-se tal conduta nas hipóteses excepcionais dos artigos 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento.

IV - “Esta Corte firmou o entendimento de que *abolitio criminis* temporária, prevista na Lei 10.826/03, deve retroagir para beneficiar o réu que cometeu o crime de posse ilegal de arma na vigência da Lei 9.437/97” (RHC 24983/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *Dje* de 09/03/2009). (...)

(STJ - REsp nº 1103068, REL. MINISTRO FÉLIX FISCHER, 5ª TURMA, *DJ*: 05/05/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. ORDEM CONCEDIDA PARA ABSOLVER O PACIENTE POR ATIPICIDADE DE CONDUTA.

1. Hipótese em que o paciente foi flagrado no interior de sua casa na posse de arma de fogo e munição, durante a *vacatio legis* indireta estabelecida pela Lei nº 10.826/03.

2. Aquele que tem arma ou munição sob sua guarda, em dependência de sua casa ou no trabalho, pratica a conduta de posse de arma (Inteligência do art.12 da Lei nº 10.826/03).

3. Durante o período da *vacatio legis* indireta instituída pelos artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, a conduta de possuir ou ser proprietário de arma de fogo ou munição permaneceu atípica até 23/10/2005.

4. Ordem concedida para absolver o paciente por atipicidade de conduta.

(STJ - HC 98513/SP, 6ª TURMA - Rel. Ministra JANE SILVA - Desembargadora Convocada do TJ/MG - *Dje* 09/06/2008)

Os fatos narrados ocorreram em 24 de janeiro de 2004, quando havia uma *abolitio criminis* temporária, que teve seu termo inicial em 23 de dezembro de 2003 e termo final em 31 de dezembro de 2008, tão somente para os possuidores de arma de fogo de uso permitido, nos exatos termos da Medida Provisória nº 417/2008, convertida na lei 11.706/2008, que conferiu nova redação aos artigos 30 e 32 da Lei nº 10826/2003.

Os prazos a que se referem os artigos 30, 31 e 32 da Lei nº 10.826/2003, só beneficiam os possuidores de arma de fogo, isto é, quem possui em sua residência ou local de trabalho.

Por outro lado, a Lei nº 10.826/03 não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições, anteriormente regulado pelo art. 10 da Lei nº 9437/97, prevendo-o nos seus atuais artigos 12, 14 e 16, que, inclusive, alteraram a pena máxima para maior, não tendo que se falar na ocorrência de '*abolitio criminis*' do crime de porte ilegal.

O que há de ser esclarecido, entretanto, é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art.16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização.

Nesse sentido, confira-se o julgado no HC nº 71.821-MG do Superior Tribunal de Justiça. *Verbis*:

*HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO NA VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE. VACATIO LEGIS DOS ARTS. 30 E 32 DA LEI 10.826/03 INAPLICÁVEL, NA HIPÓTESE. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA.*

1. A Lei 10.826/03 não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições, anteriormente regulado pelo art. 10 da Lei 9.437/97, prevendo-o, expressamente, agora nos arts. 12, 14 e 16, inclusive com alteração da pena máxima para maior, inexistente, assim, '*abolitio criminis*' do referido delito.

2. Esta Corte firmou o entendimento de ser atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização. A conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que ensejou a condenação do impetrante/paciente, continuou típica e não foi abrangida pela descriminalização temporária.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC Nº 71821/MG - *HABEAS CORPUS* 2006/0268959-6; Decisão Unânime da QUINTA TURMA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/10/2007, *DJU* 19/11/2007)

Ante o exposto, em face de a conduta do acusado em manter sob sua posse no local de trabalho (viatura utilizada na fiscalização do Ibama) arma de fogo – não ser elementar o tipo penal previsto no Artigo 14 da Lei nº10.826/2003 (Porte Ilegal), sendo hipótese de ocorrência de atipicidade (*abolitio criminis*) do delito imputado – posse de arma, na data de 29 de janeiro de 2004.

Com estas considerações, afasta-se da condenação a pena aplicada pelo delito de porte ilegal de arma de fogo.

## **RECURSO DO ACUSADO VOLMIR COSTENARO**

### **(redução da pena de multa)**

VOLMIR COSTENARO, no mérito, pugna, tão-somente pela redução da pena de multa, atendendo à sua condição econômica e em face de o valor da pena pecuniária ter sido superior ao valor da própria concussão.

A sentença recorrida (fls. 272/274), no que se refere à dosimetria da pena em relação ao acusado VOLMIR COSTENARO, pontuou:

(...) Em relação ao réu VOLMIR COSTENARO, considerando que o mesmo foi o autor de toda a negociação e exigência da vantagem indevida, bem como de ter induzido a vítima a crer que sem o pagamento do valor exigido

teria sua obra embargada pelo IBAMA, FIXO a pena-base em 3 (anos) de reclusão, cumulada com **40 (quarenta) dias-multa, atribuindo a cada dia-multa o valor de 1(um) salário mínimo vigente ao tempo do fato em questão, atualizando-se quando da execução**, a ser cumprida em regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, e § 3º do Código Penal, pelo que, ante a ausência de circunstâncias que atenuem ou agravem, aumentem ou diminuam a mesma, torno-a definitiva (...) destaquei.

A fixação da pena pecuniária segue o método bifásico: a) na primeira etapa, determina-se o número de dias-multa (entre 10 e 360 – Código Penal, art. 49), devendo-se guardar certa proporcionalidade com a pena privativa de liberdade fixada; b) na segunda fase, arbitra-se o valor de cada dia-multa (entre um trigésimo e 5 vezes o salário mínimo – Código Penal, art. 49, § 1º), considerando-se a situação financeira do acusado.

De acordo com o artigo 60, § 1º, do Código Penal, o valor da pena pecuniária poderá ser aumentado até o triplo, caso o máximo previsto apresente-se ineficaz, em razão da condição econômica do réu. Trata-se de regra de especial elevação do valor da pena de multa, nos moldes das causas especiais de aumento da pena privativa de liberdade: “a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”.

O critério consagrado no artigo 59 do Código Penal, qual seja o da suficiência ou mesmo necessidade, que norteia o magistrado na individualização da pena-base proporcional, é o mesmo critério que o orientará na fixação da pena de multa.

Trago à colação julgado proferido pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

**EMENTA: PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. PENA DE MULTA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO.**

1 - A fixação da pena de multa deve obedecer o sistema bifásico. No primeiro momento, determina-se o número de dias-multa, onde deve ser guardada uma proporcionalidade com a sanção corporal imposta. No segundo momento, fixa-se o valor de cada dia-multa, oportunidade em que

deve ser considerada a situação financeira do condenado, onde poderá ser aumentada ao triplo, caso o máximo previsto apresente-se ineficaz, em razão da condição econômica do réu, conforme inteligência dos arts. 49, § 1º, e 60, § 1º, ambos do Código Penal.

2 - A aplicação da pena de multa deve observar proporcionalidade com a sanção privativa imposta definitivamente, compreendendo todos os fatores nela valorados (circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição), inclusive o aumento da continuidade, ou seja, a simetria a ser guardada não deve ser apenas em relação à pena-base, não se aplicando, todavia a regra do art. 72 do CP.

(TRF4ª REGIÃO, EINFACR 200271130031460 - RS, 4ª Seção; 17/05/2007. Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PEN-TEADO)

No caso concreto, a pena pecuniária foi aplicada em 40 (quarenta) dias-multa num limite de 10 a 360 dias-multa (CP, *caput*, do art. 49), mínimo cominado, guardando, nesse mister, proporção com a pena privativa de liberdade concretamente imposta (pena-base = 03 anos de reclusão – um pouco acima da mínima cominada prevista no artigo 316 do Código Penal).

Segundo a lição de Ricardo Augusto Schmitt “O que nunca irá mudar é a necessidade da pena-base privativa de liberdade ser dosada em exata simetria com a pena de multa, caso tenha previsão cumulativa no tipo (vide capítulo VII)” (*in* Sentença Penal Condenatória, 2ª Edição. Salvador, Editora JusPodivm, 2007, p. 84).

Assim, tal qual a pena de reclusão, não pode a pena de multa ser cominada aquém do mínimo legal. Colaciono, nessa senda, o julgado abaixo, inclusive, trazido no Parecer Ministerial (fl. 516):

PENAL. MOEDA FALSA. DOLO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE (CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE). REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. DIMINUIÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

- O crime de moeda falsa, em qualquer das modalidades previstas no art. 289, do CP, só é punível a título de dolo, ou seja, o agente, livre e conscientemente, guarda ou introduz em circulação a moeda falsa, sabendo-a inautêntica. Não há, na espécie, a modalidade culposa.

- Age dolosamente quem, sem qualquer justificativa razoável da origem do dinheiro falso, guarda ou introduz em circulação.

- Entendimento dos Col. STF e STJ de que a pena não pode ser reduzida abaixo do mínimo legal. Aplicação da Súmula 231 do STJ.

- Não cabe ao Poder Judiciário diminuir a multa de modo a isentar o réu de pena pecuniária, mas sim, fixá-la de acordo com as condições econômicas do agente.

(Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO - Classe - ACR - apelação criminal 4252/CE (...) Terceira Turma (...) 27/10/2005)

As condições pessoais do réu não foram motivos bastante para a sua absolvição e mereceu a devida atenção na fase da dosimetria da pena. No quanto da pena de multa, o juiz singular fixou a mesma atendendo a regular situação econômica do réu (CP, artigo 60, *caput*), atualizando-se quando da execução (CP, art. 49).

A fixação da pena de multa com base tão somente na capacidade econômica do réu, deve-se ao fato de que, com a nova redação do artigo 51, *caput*, do CP, pela Lei nº 9268/96, a pena pecuniária tornou-se dívida de valor, eliminando-se, desta forma, qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade na modalidade detenção. E, por ser considerada dívida de valor, e havendo dúvidas da real situação econômica do réu, é inviável excluir-lhe, desde já, a responsabilidade sobre o pagamento das despesas processuais.

Nesse sentido, registro entendimento do eminente Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, quando do julgamento da ACR nº 3834, DJ 21/12/2004, *verbis*: “havendo dúvidas sobre as reais condições econômicas do réu, é inviável excluir-lhe, desde já, a responsabilidade sobre o pagamento das custas processuais. A manutenção da condenação, neste aspecto, de mais a mais, não obsta a que, em sendo ela realmente pobre, nada se lhe venha a cobrar no futuro na imaginada inexistência de bens a penhorar (...).”

Ademais, ressalve-se, por fim, que a condição de miserabilidade ou de extrema pobreza, relacionada à própria insolvência do



acusado a gerar uma isenção de pagamento das custas, uma vez que foi condenado à pena mínima de multa, há de ser sopesada no juízo próprio da execução penal, que atendendo às condições pessoais do apenado, poderá remir ou não a condenação imposta.

Contudo, entendo que o valor do dia-multa, fixado em 1(um) salário mínimo vigente à época do crime (total da multa corresponderia a R\$ 9.600,00), foi exacerbado, não em face de dever guardar equivalência com o valor do proveito da concussão, no caso, porém se considerando a provável situação econômica do réu, pelo que acolho o Parecer Ministerial (fls.342/343) na parte que opinou pela redução do valor do dia-multa para fixá-lo em 80%(oitenta por cento) do salário mínimo (R\$ 240,00) à época dos fatos (29.01.2004), que corresponderia a R\$ 192,00 (240,00 x 80%), restando o valor da multa (40 dias) totalizado em R\$ 7.680,00 (40 x 192,00).

Estendo ao corrêu FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal, a redução do valor do dia-multa.

*Ex positis*, rejeito a preliminar de nulidade do feito, arguida pelo réu VOLMIR COSTENARO e, no mérito, dou parcial provimento à apelação do réu FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES para afastar a condenação pelo crime de porte ilegal de arma de fogo e dou parcial provimento à apelação do réu VOLMIR COSTENARO para reduzir o valor do dia-multa para 80% (oitenta por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, estendendo, tal redução, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal, ao corrêu FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVARES, mantida a sentença nos seus demais termos no que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.101-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: RICARDO AIRTON DE MOURA MELO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. MAURO GUSMÃO REBOUÇAS

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, I E IV, DO CP). INVASÃO DE DOMICÍLIO (ART. 150, § 1º, DO CP). POSSE ILEGAL DE ARMA (ART. 10 DA LEI 9437/97). NEGATIVA DE AUTORIA. CUMPRIMENTO DE PENA ANTERIOR EM REGIME FECHADO. IRREGULARIDADES. RÉU ENCONTRADO FORA DA PENITENCIÁRIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

**- É tempestivo o recurso de apelação oferecido por defensor constituído, após o decurso do prazo de 5 (cinco) dias da publicação da sentença condenatória, se o réu, estando preso, ainda não foi pessoalmente intimado.**

**- O cumprimento de pena em regime fechado na Penitenciária Agrícola Mário Negócio não infirma as provas de participação do réu nos crimes investigados, porquanto sobejamente comprovado que o sentenciado se ausentava continuamente do estabelecimento prisional, sem qualquer controle ou fiscalização das autoridades competentes.**

**- A despeito da negativa de autoria, o substrato probatório colacionado aos autos comprova a participação do réu na investida criminoso, mormente pela apreensão das armas em sua residência e a individualização da conduta de cada agente detalhada pelos corréus.**

**- A retratação de um dos acusados no interroga-**

**tório judicial não ilide o teor da confissão realizada na fase inquisitiva, quando os demais elementos informativos corroboram as afirmações anteriormente consignadas.**

**- A subtração do veículo automotor encontrado na residência de um funcionário dos Correios (EBCT) e utilizado para o transporte do gerente até a referida agência e, posteriormente, para a fuga, não se confunde com a subtração dos numerários existentes no cofre da empresa pública. Há, no caso, duas ações distintas e não uma única ação desdobrada em vários atos.**

**- Na hipótese, os dois crimes de roubo foram perpetrados com idêntico modo de execução, na mesma circunscrição territorial e ínfimo intervalo temporal.**

**- Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, ocorre o crime continuado, devendo os subseqüentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro.**

**- Reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art. 71 do CP (crime continuado específico), a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos (número de infrações) e subjetivos (antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime).**

**- Sopesando a intensa culpabilidade do recorrente nos dois crimes de roubo, praticados com emprego de arma de fogo, em concurso de agentes e restrição de liberdade, mostra-se escorreita a exacerbação da pena mais grave (oito anos) em 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo o regime inicial fixado na sentença.**

**- A fim de manter a necessária proporcionalidade**

**entre as penas cumulativamente cominadas, faz-se necessário, ainda, reduzir a pena de multa a 33 (trinta e três) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.**

**- Constatada, ademais, a continuidade delitiva dos dois crimes de invasão de domicílio, praticados na mesma noite, com o mesmo modo de execução e na mesma circunscrição territorial, a pena arbitrada por um deles, porquanto idênticas (10 meses de detenção), deve ser exacerbada em 2/3 (dois terços), fixando-se a pena definitiva em 16(dezesseis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.**

**- Apelação parcialmente provida para, reconhecendo a existência de continuidade delitiva, respectivamente, entre os dois crimes de roubo qualificado (art. 157, § 2º, I e IV, do CP) e os dois crimes de invasão de domicílio (art.150, § 1º, do CP), reduzir a pena privativa de liberdade a 13 (treze) anos e 4(quatro) meses de reclusão e 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, fixando a pena de multa em 33 (trinta e três) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo os demais termos da sentença.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 8 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação criminal interposta por Ricardo Airton de Moura Melo em contrariedade à sentença proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, a de condenar o denunciado como incurso nos tipos penais previstos nos arts. 157, § 2º, I e IV, e 150, § 1º, do CP e no art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, absolvendo-o, com fulcro no art. 386, II, do CPP, quanto ao cometimento dos delitos insculpidos nos arts. 288, parágrafo único, e 148 do CP.

A pena privativa de liberdade foi fixada em 15(quinze) anos de reclusão e 2(dois) anos e 4(quatro) meses de detenção e a pena de multa arbitrada em 50(cinquenta) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A denúncia descreve que o réu, na noite do dia 10.09.2002, em concurso com outras três pessoas, invadiu a residência de dois funcionários da Agência Brasileira de Correios e Telégrafos em Upanema/RN, levando-os, sob ameaça, à referida empresa pública, onde subtraiu valores correspondentes a R\$ 8.181,10 (oito mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos).

A inicial acusatória afirma, ainda, que os demais moradores da residência acima assinalada teriam sido mantidos, juntamente com outras quatro pessoas (vizinhos), em cárcere privado até a ultimação do assalto. Por fim, empreendendo a fuga, os denunciados teriam subtraído um veículo da Secretaria Municipal de Saúde de Upanema, mantendo como reféns os dois funcionários e um menor (vizinho), os quais foram liberados apenas nas proximidades da cidade de Baraúnas/RN.

O apelante, em suas razões, alega a inexistência de prova da autoria dos crimes imputada ao réu, asseverando que a sentença ora rechaçada se baseou apenas em conjecturas e suposições.

Outrossim, sustenta a impossibilidade de cometimento do ilícito pelo recorrente, porquanto o mesmo se encontrava, na ocasião, recolhido na Penitenciária Agrícola Mário Negócio. Pugna, por

fim, pela aplicação do princípio *in dúbio pro reo*, ante a verificação de dúvida plausível quanto à participação do recorrente nos crimes descritos na exordial.

Contrarrazões às fls. 857/863.

Parecer ministerial apresentado às fls. 818/826 e 865, opinando pelo provimento parcial do recurso, apenas para afastar a classificação de concurso formal impróprio dos crimes de roubo (art. 70 do CP), consoante consignado na sentença, a fim de ser reconhecida a continuidade delitiva (art. 71 do CP), observada a proibição da *reformatio in pejus*.

Relatei.

Ao eminente revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Preliminarmente, afasto a alegação de intempestividade do presente apelo, em virtude da inexistência de intimação pessoal do réu preso, nos moldes do art. 392, I, do CPP. Por conseguinte, quando do oferecimento do recurso pelo defensor constituído, ainda não se tinha iniciado o prazo recursal, a despeito do transcurso de lapso superior a 5 (cinco) dias da publicação do édito condenatório.

Sobejamente comprovada a materialidade dos crimes, passo a analisar as razões de insurgência do recorrente.

Sustenta o apelante, a princípio, a impossibilidade de sua participação nos fatos narrados na exordial acusatória (ocorridos em 10.09.2002), porquanto estaria recolhido na Penitenciária Agrícola Mário Negócio para cumprimento de pena, em regime fechado, desde 16.12.2001.

Ora, tal alegação não merece prosperar.

O réu foi encontrado, em 25.09.2002 (quando já cumpria pena em regime fechado), em sua residência, a despeito da inexistência de qualquer autorização para se ausentar da referida penitenciária. Outrossim, em interrogatório extrajudicial (fls. 106/107), na

sede da Delegacia Especializada em Furtos e Roubos (Upanema/RN), o réu afirmou que *“no local que cumpre pena tem facilidade de sair sem que ninguém perceba, desde que seja para ir e vir logo, e que já saiu nestas circunstâncias algumas outras vezes”*.

Neste íterim, para corroborar a ilação de que o réu costuma-se retirar do estabelecimento prisional sem qualquer controle ou autorização das autoridades competentes, destaco os esclarecimentos prestados ao Juízo Criminal pela testemunha de acusação, o Policial Civil José Mário da Silva: *“que já vinha investigando os denunciados; que a campana na casa do Ricardo estava sendo feita a (sic) cerca de quatro dias antes da abordagem e sempre o Ricardo estava lá (...) que não sabia dizer como Ricardo conseguia sair da penitenciárias, mas tinha certeza que era ele que estava em sua casa durante as campanas”*.

Assim, a “impossibilidade” arguida pela defesa não prevalece ante os inúmeros indícios de irregularidades no cumprimento da pena em regime fechado.

Por outro lado, não se pode olvidar que, alguns dias após a ocorrência dos crimes, como dito alhures, o apelante foi surpreendido em sua residência, na companhia de outros dois suspeitos, Olanir Gama da Silva e Antônio Idalino Nogueira Júnior, onde foram encontrados 3 (três) revólveres de calibre 38, 19 (dezenove) cartuchos de munição, 1 (um) capuz preto e 3 (três) celulares.

Na ocasião, o réu Olanir Gama da Silva confessou o cometimento dos crimes, informando detalhadamente o modo de execução da investida criminosa, bem assim, individualizando a conduta de cada um dos cinco agentes, inclusive do recorrente. Em Juízo, todavia, conquanto tenha ratificado a sua participação no evento investigado, alegou que o apelante não teria praticado os delitos.

Contudo, as declarações prestadas na fase inquisitorial, em duas ocasiões distintas, a meu sentir, revelam maior congruência em relação aos demais elementos colhidos na instrução processual. Ora, a dinâmica detalhadamente informada perante a autoridade policial coincide sobremaneira com as declarações das vítimas, inclusive quanto à presença de 5 (cinco) integrantes na execução dos crimes.

Ademais, a participação do apelante na investida criminosa também foi asseverada pelo réu Antônio Idalino Nogueira Júnior, em depoimento prestado na fase inquisitiva.

De outra sorte, o recorrente alega que as armas e munições encontradas em sua residência seriam de propriedade do réu Olanir Gama da Silva.

Segundo o recorrente, no dia da abordagem policial, teria combinado com o réu Antônio Idalino Nogueira Júnior para acertar, em sua residência, a contratação do serviço de mototáxi para a sua filha. Na ocasião, Antônio Idalino Nogueira Júnior chegou acompanhado de Olanir Gama da Silva, o qual, após utilizar o banheiro, teria escondido os referidos objetos em um dos cômodos da casa, sem o seu conhecimento.

Todavia, faz-se mister reconhecer a inconsistência de tais alegações.

Ora, além das inúmeras contradições existentes em seu interrogatório, o recorrente não explica como seria possível transportar 3 (três) revólveres de calibre 38 e 19 (dezenove) cartuchos de munição, sem despertar a atenção, sobretudo diante da afirmação de que Olanir Gama da Silva não carregava consigo qualquer volume quando pediu para ir ao banheiro. Também não explica como uma pessoa que não conhecia as dependências da casa, poderia indicar, com precisão, o local onde as armas estariam escondidas.

Neste ínterim, aliás, transcrevo a pertinente indagação do Fiscal da Lei (fl. 824):

De fato, seria muito pouco provável que Olanir, sem qualquer conhecimento do dono da casa (o apelante), tivesse guardado as armas utilizadas nos delitos nesta, desguardado de mínima certeza de que poderia reavê-las.

Ressalte-se, novamente, que os demais envolvidos reconheceram as armas apreendidas, admitindo seu uso na prática dos roubos e atribuindo a propriedade de uma delas ao próprio recorrente.

Com efeito, a despeito da negativa de autoria por parte do apelante, cuida existirem nos autos prova suficiente da participação



do réu nos crimes ora investigados, afigurando-se-me irreprocháveis as conclusões perpetradas pelo magistrado sentenciante.

Destarte, suplantadas as questões relativas à autoria e materialidade do crime, cumpre ponderar acerca da dosimetria da pena aplicada.

O magistrado *a quo* condenou o apelante como incurso nos tipos penais previstos nos arts. 157, § 2º, I e IV, (duas vezes) e 150, § 1º, do CP (duas vezes) e no art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97.

A pena privativa de liberdade foi fixada em 15(quinze) anos de reclusão e 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de detenção e a pena de multa arbitrada em 50 (cinquenta) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Observo, de início, que o magistrado de primeira instância obedeceu ao sistema trifásico estabelecido no art. 68 do CP.

De igual modo, cuido que a exasperação da pena base dos tipos penais cometidos pelo réu, restou devidamente motivada pela análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Neste ínterim, cumpre reconhecer, no caso concreto, o alto grau de culpabilidade do agente, a exigir a fixação da pena de forma mais severa.

Ainda, impende relevar a existência da agravante prevista no art. 64 do CP (reincidência), bem assim que os crimes foram praticados em concurso de pessoas e com uso de arma de fogo.

Por outro lado, quanto aos crimes de roubo (numerários e veículo automotor), verifico que o eminente julgador considerou a existência de concurso formal impróprio, sob o fundamento da prática de uma única ação desdobrada em vários atos.

Todavia, a meu sentir, no caso vertente, houve, efetivamente, duas condutas distintas.

Primeiro o réu subtraiu, com uso de força, o veículo tipo Gol, supostamente de propriedade do Município de Upanema (Secretaria de Saúde). Após a consumação do primeiro delito, já na posse do referido veículo, levou coercitivamente dois funcionários da EBCT à referida Agência, onde efetuou o segundo roubo, subtraindo os numerários existentes no cofre da empresa pública.

Assim, forçoso reconhecer a existência de duas ações distintas e autônomas, embora unidas por elo de continuidade, considerando-se tratar de crimes de mesma espécie, praticados na mesma circunscrição territorial, com o mesmo *modus operandi* e mesma condição de tempo.

Logo, por força do art. 71 do CP, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, ocorre o crime continuado, devendo os subsequentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro.

Ressalte-se, inclusive, que o STF, em recente julgado (RE 88963), reconheceu que, diante de roubos sucessivos, a circunstância de serem diferentes as vítimas, desde que atendidos os demais requisitos legais, não constitui impedimento à configuração do crime continuado.

Outrossim, tratando-se de crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, até o triplo, desde que não ultrapasse o limite do concurso material.

Neste caso, reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art. 71 do CP (crime continuado específico), a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos – número de infrações praticadas – e subjetivos – antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime.

Assim, sopesando a intensa culpabilidade do recorrente nos dois crimes de roubo qualificado, bem assim, as demais circunstâncias dos crimes ora epigrafados, julgo proporcional a exacerbação da pena mais grave (oito anos) em 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo o regime inicial fixado na sentença.

Reduzo, ainda, a pena de multa arbitrada em 33 (trinta e três) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a fim de resguardar a proporcionalidade entre as penas cumulativamente cominadas.

Pelas mesmas razões, reconheço a continuidade delitiva dos crimes previstos no art. 150, § 1º, do CP, praticados em idênticas condições de tempo, território e modo de execução, exacerbando a pena de um deles, porquanto idênticas (10 meses de detenção) em 2/3 (dois terços) e fixando a pena definitiva em 16 (dezesesseis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Mercê do exposto, dou parcial provimento à apelação do recorrente para, reconhecendo a existência de continuidade delitiva, respectivamente, entre os dois crimes de roubo qualificado e os dois crimes de invasão de domicílio qualificado, reduzir a pena privativa de liberdade a 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, fixando a pena de multa em 33 (trinta e três) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo os demais termos da sentença.

É como voto.

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.809-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Apelante: ESPAÇO CRIATIVO COML/ LTDA.  
Apelada: FAZENDANACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ART. 179 DA CF/88. LEI 9.317/96 - EXCEÇÕES À INCLUSÃO NO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS. LEI 10.037/2000 – INCLUSÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS QUE SE DEDICAM ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLA E ENSINO FUNDAMENTAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI – ART. 106 DO CTN. ENTENDIMENTO SEDI-MENTADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

- **Mandado de segurança preventivo que visa ao reconhecimento da inclusão da impetrante no SIMPLES, nos moldes da Lei 10.034/2000, desde a vigência da Lei 9.317/96, sob o argumento de que o art. 1º, I, da Lei 10.034/2000 tem natureza interpretativa e, assim, deve obedecer ao disposto no art. 106 do CTN.**
- **A Constituição Federal de 1988, através da norma do art. 179, prevê o tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, delegando ao legislador ordinário a competência para definir quais as empresas que devem ser consideradas como microempresa e empresa de pequeno porte.**
- **A Lei 9.317 de 5 de dezembro de 1996 – reguladora do SIMPLES – especifica os contribuintes que não podem se beneficiar deste sistema de pagamento de impostos, entre eles, as pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais de professor.**
- **A Lei nº 10.034/2000, de 24 de outubro de 2000, estabeleceu que as pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental ficam excetuadas da restrição do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996.**
- **A norma prevista no art. 1º, I, da Lei 10.034/2000 não tem natureza interpretativa, uma vez que não se subsume às exigências da norma do art. 106 do CTN.**
- **O Superior Tribunal de Justiça ratificou a constitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96 e afastou a natureza interpretativa do art. 1º, I, da Lei 10.034/2000 (REsp 1021263/SP).**
- **A atividade desenvolvida pela impetrante era “Cursos Livres”, passando a ser “Creche, Pré-Escola e Ensino Fundamental” a partir de 09 de junho de 2003, conforme cláusula sexta do Aditivo ao Contrato da Empresa (fl. 38) e, seja sob qualquer denominação, está relacionada no item XIII**

**do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, o que é motivo de impedimento à sua inclusão no SIMPLES.  
- Apelação improvida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de maio de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de apelação interposta em adversidade à sentença de fls. 128/130, que denegou a segurança, em face da impossibilidade de retroação da Lei 10.034/2000, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça e, no caso da impetrante, seria vedada a sua inscrição na vigência da Lei 9.317/96 e, tendo em vista que era “Cursos Livres” e passou a ser “Creche, Pré-Escola e Ensino Fundamental” somente em 09 de junho de 2003, conforme a cláusula sexta do 4º Aditivo Contratual, o direito à opção pelo SIMPLES só poderia ser exercido a partir de junho de 2003, uma vez que não se enquadrava no permissivo do art. 1º, I, da Lei 10.034/2000.

A apelante, em suas razões de recurso (fls. 137/154), requer sua inclusão no SIMPLES, sob o argumento de que desde o advento da Lei 9.317/96, sua opção pelo programa deveria ter sido aceita, pois era estabelecimento de cursos livres até 09.06.03, e a partir daí já como pré-escola deveria ser incluída no SIMPLES com sucedâneo na autorização interpretativa da Lei 10.034/2000.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões.

É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Mandado de segurança preventivo que visa o reconhecimento da inclusão da impetrante no SIMPLES, nos moldes da Lei 10.034/2000, desde a vigência da Lei 9.317/96, sob o argumento de que o art. 1º, I, da Lei 10.034/2000 tem natureza interpretativa e, assim, deve obedecer ao disposto no art. 106 do CTN.

A Constituição Federal de 1988, através da norma do art. 179, prevê o tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, delegando ao legislador ordinário a competência para definir quais as empresas que devem ser consideradas como microempresa e empresa de pequeno porte.

A Lei 9.317 de 5 de dezembro de 1996 – reguladora do SIMPLES – especifica os contribuintes que não podem se beneficiar deste sistema de pagamento de impostos, entre eles, as pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais de professor:

Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES a **pessoa jurídica**:

I - ...

XIII - que **preste serviços profissionais** de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, **professor**, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

A Lei nº 10.034/2000, de 24 de outubro de 2000, estabeleceu que as pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental ficam excetuadas da restrição do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996.

A norma prevista no art. 1º, I, da Lei 10.034/2000 não tem natureza interpretativa, uma vez que não se subsume às exigências da norma do art. 106 do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se **a ato ou fato pretérito**:

I - em qualquer caso, quando seja **expressamente interpretativa**, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de **ato não definitivamente julgado**:

a) quando deixe de **defini-lo como infração**;

b) quando deixe de tratá-lo **como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo**;

c) quando lhe **comine penalidade menos severa** que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (Grifei)

O Superior Tribunal de Justiça ratificou a constitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96 e afastou a natureza interpretativa do art. 1º, I, da Lei 10.034/2000. Neste sentido destaco o julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor: "Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: (...) XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

(...)” 3. **A constitucionalidade do inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, oportunidade em que asseverou: “... a lei tributária – esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.**

**A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais.**

Essa desigualdade factual **justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º do art. 145 da Constituição Federal**, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo. (ADI-MC 1643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)

4. **A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que: “Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental” .**

5. **A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs:**

**Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei no 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de**



**que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:**

**I - creches e pré-escolas;**

II - estabelecimentos de ensino fundamental;

III - centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV - agências lotéricas;

V - agências terceirizadas de correios;

VI - (VETADO) VII - (VETADO)' (NR) (...)

**6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte, que consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei, uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, *verbis*:**

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

**7. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1056956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no REsp 611.294/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008; REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José**

Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, *DJe* 21.05.2008; REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, *DJ* 07.02.2008; e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, *DJ* 19.09.2005).

**8. In casu, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolatação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida.**

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. **(grifei)**

(REsp 1021263/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, *DJe* 18/12/2009)

A atividade desenvolvida pela impetrante era “Cursos Livres”, passando a ser “Creche, Pré-Escola e Ensino Fundamental” a partir de 09 de junho de 2003, conforme cláusula sexta do Aditivo ao Contrato da Empresa (fl. 38) e, seja sob qualquer denominação, está relacionada no item XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, o que é motivo de impedimento à sua inclusão no SIMPLES.

Por estas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.745-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Suscitante: IRIS CHRISTINA DOS SANTOS LIMA  
Suscitados: JUÍZO DA 5ª VARA FEDERAL E DA 3ª VARA FEDERAL DE SERGIPE  
Parte A: IRIS CHRISTINA DOS SANTOS LIMA  
Parte R: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (SUSCTE. E PARTE A)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. VARA FEDERAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. FINANCIAMENTO DE CRÉDITO ESTUDANTIL. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA ABAIXO DE 60 SALÁRIOS MÍNIMOS (R\$ 6.944,90). MATÉRIA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.**

*- Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado por IRIS CHISTINA DOS SANTOS LIMA em face de decisões prolatas pelo ilustre Juízo Federal da 5ª Vara da SJ/SE (Juizado Especial Federal) e pelo não menos digno Juízo Federal da 3ª Vara da mesma Seccional.*

*- Como se cuida de conflito de competência envolvendo dois Magistrados pertencentes ao Quadro da SJ/SE, compete a esta Corte, o seu processamento e julgamento, à luz de diretriz expressa tanto na Carta Magna (art. 108, I) quanto no Regimento Interno do TRF da 5ª Região (art. 5º, IV). No mesmo sentido, orientação do STF, em sede de repercussão geral (RE 590.409-RJ, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 26.08.09).*

*- Versando a causa sobre matéria cível e tendo a parte atribuído valor da causa inferior a 60 salários mínimos, a competência dos Juizados Es-*

**peciais Federais é absoluta e inderrogável.**  
**- A necessidade de produção de prova pericial, além de não ser o critério próprio para definir a competência, não é sequer incompatível com o rito dos Juizados Federais, que prevê expressamente a produção dessa espécie de prova (art. 12 da Lei 10.259/01). (CC 96.353/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 09.09.08).**  
**- Conflito de Competência que se conhece e se declara como competente o Juízo Federal da 5ª Vara Federal da SJ/SE (Juizado Especial Federal).**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de CC 1.745-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em conhecer do Conflito de Competência e, por maioria, declarar como competente o Juízo da 5ª Vara Federal da SJ/SE, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 3 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado por IRIS CHISTINA DOS SANTOS LIMA, em face de decisões prolatas pelo ilustre Juízo Federal da 5ª Vara da SJ/SE (Juizado Especial Federal) e pelo não menos digno Juízo Federal da 3ª Vara da mesma Seccional.

2. Aduz a suscitante, representada pela Defensoria Pública da União, que, inicialmente, ingressou com uma ação visando à revisão de contrato de financiamento educacional firmado com a CEF

perante o juízo da 5ª Vara Federal (JEF), porquanto o valor da causa, arbitrado em R\$ 6.944,90, não ultrapassava o limite de 60 salários mínimos.

3. Ao analisar a petição inicial, o Juiz da referida vara, entendendo que o processo demandaria a produção de uma perícia complexa para a apuração dos juros aplicados, extinguiu o feito sem resolução de mérito. A sentença recebeu a seguinte ementa:

CONSUMIDOR. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO. NECESSIDADE DE PERÍCIA COMPLEXA E MOROSA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE SE JULGAR COM BASE NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA, PORQUE SENTENÇA PRÓFERIDA NO JEF DEVE SER LÍQUIDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. (Fl. 36).

4. Em razão de tal pronunciamento, a suscitante ingressou com uma nova ação, contendo o mesmo objeto, agora perante o juízo comum da 3ª Vara Federal da SJ/SE, oportunidade na qual o Magistrado também declinou a sua competência para apreciar o feito sob o fundamento de que *a competência estabelecida pelo art. 3º da Lei 10.259/01 tem natureza absoluta, e, em matéria cível, obedece, como regra geral, à do valor da causa, não influenciando o grau de complexidade da demanda ou o fato de ser necessária a realização de perícia técnica.*

5. Intimado a se manifestar, o douto *Parquet* Federal opinou pela fixação da competência do Juízo da 3ª Vara Federal de Sergipe (JEF), em Parecer da lavra sempre inspirada da eminente Procuradora Regional da República MARIA DO SOCORRO LEITE PAIVA, cuja ementa recebeu a seguinte dicção:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FINANCIAMENTO EDUCACIONAL. JUIZADO ESPECIAL. VALOR DA CAUSA. OUVIDA DO JUÍZO SUSCITADO.

A ouvida do Juiz suscitado não se faz necessária quando os autos já demonstram suficientemente o porquê da declinação da competência.

Em se tratando de matéria cível acerca da legalidade de cláusulas de contrato de financiamento estudantil com a Caixa Econômica Federal, cujo valor da causa foi atribuído pela parte em montante inferior a 60 salários mínimos, o

processamento e julgamento deve se dar no âmbito do Juizado Especial Federal (Fl. 14).

6. É este o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. A Carta Magna de 1988, ao cuidar da competência dos Tribunais Regionais Federais, consignou, expressamente, em seu art. 108, I, e, competir a tais órgãos do Poder Judiciário, *processar e julgar, originariamente, os conflitos de competência entre Juízes Federais vinculados ao Tribunal.*

2. Inspirado nesta diretriz maior, o Regimento Interno deste egrégio TRF, em seu art. 5º, IV, que trata da competência do Plenário da Corte, determina, também explicitamente, que, *ao mencionado órgão colegiado, compete processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre Juízes vinculados ao Tribunal.*

3. O tema, que antes era controvertido, findou por ganhar ares de pacificidade, após ser analisado pelo Excelso Pretório (RE 590.409-RJ, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 26.08.09), inclusive sob o viés de matéria de repercussão geral, tendo a Suprema Corte acolhido essa mesma orientação, qual seja, *a de caber ao respectivo Tribunal Regional Federal a apreciação e julgamento dos conflitos de competência que surjam entre os juízes de primeira instância e os integrantes dos Juizados Especiais Federais pertencentes à mesma Seccional.*

4. Diante dessas orientações normativa e jurisprudencial, *com a devida vênia dos entendimentos dissonantes*, conheço do presente Conflito Negativo de Competência, haja vista que engloba Juízes Federais da SJ de Sergipe que, como se sabe, integra esta 5ª Região.

5. No tocante ao mérito propriamente dito, a controvérsia gira em torno de se examinar se a competência para o processamento e julgamento da Ação de Revisão Contratual de Abertura de Crédito para Financiamento Estudantil, à qual fora dado como valor da

causa o montante de R\$ 6.944,90, seria do Juizado Especial Federal ou de uma das Varas não especializadas.

6. O ilustre Juízo 3ª Vara Federal da SJ/SE declinou de sua competência, por entender não lhe competir o julgamento de causas de valor inferior a 60 salários mínimos, haja vista, nestas hipóteses, deter os JEFs competência absoluta.

7. Com efeito, no que diz respeito à competência dos Juizados Especiais Federais, a Lei 10.259/2001, em seu art. 3º, estipula:

Art. 3º - Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

Parág. 1º - Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º - Quando a pretensão versar sobre obrigações vencidas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*.

§ 3º - No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

8. Tem-se, pois, que a competência em razão da matéria, no âmbito dos Juizados Especiais, está atrelada à limitação do valor da causa, consoante estabelecido pela própria legislação de regência dos Juizados Especiais Federais, excepcionadas, evidentemente, as hipóteses legais já mencionadas acima.

9. Ora, o feito em questão efetivamente envolve matéria cível (artigo 3º, § 1º, da Lei 10.259/01) e o valor atribuído à causa pela demandante é inferior a sessenta salários mínimos; dest'arte, penso que, neste caso, a competência do Juizado Especial é absoluta (art. 3º, parág. 3º, da Lei 10.259/2001) e inderrogável.

10. Sobre o assunto, esta egrégia Corte já teve a oportunidade de se pronunciar, conforme demonstra o paradigmático aresto a seguir transcrito:

(...)

2. Discussão acerca da competência para processar e julgar causa de matéria cível, que lhe foi atribuída valor inferior a sessenta salários mínimos.

3. A competência dos Juizados Especiais Federais é absoluta, e deriva do valor da causa, consoante disposto no art. 3º, parág. 3º, da Lei 10.259/2001, sendo de nenhuma relevância o fato de cuidar-se de feito de jurisdição contenciosa ou voluntária. (CC 1.090-PE, Rel. Des. Federal GERALDO APOLIANO, DJU02.02.06, p. 576).

11. Ademais disso, com todas as vênias aos posicionamentos divergentes, a necessidade (ou não) de produção de prova pericial não é óbice ao processamento e trâmite da ação sob o rito informal da vara especializada, pois esta, além de não ser o critério próprio para definir a competência, não é sequer incompatível com o rito dos Juizados Federais, que prevê expressamente a produção dessa espécie de prova (art. 12 da Lei 10.259/01), consoante já decidiu o colendo Tribunal da Cidadania, quando da apreciação do CC 96.353/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 09.09.08.

12. De mais a mais, do manuseio dos autos, observa-se que o feito não requer a produção de cálculos muito complexos ou deveras elaborados, bastando, ao meu modesto sentir, a simples atuação da Contadoria Oficial para solucionar as celeumas que, porventura, venham a lume.

13. Ante as razões declinadas, *conheço do presente Conflito Negativo de Competência e declaro como competente o Juízo da 5ª Vara Federal da SJ/SE (Juizado Especial).*

14. É como voto, Presidente.



## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.205-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, JEDVÂNIO VIEI-  
RA JOSÉ DOS SANTOS, JOSÉ EDVALDO SOA-  
RES DE SOUZA, ALYSSON DANTAS DE CARVA-  
LHO, EDMILSON ZACARIAS SILVA, VILANNELMA  
DANTAS DE MOURA, MARCOS ANTONIO DIAS  
LUNA, EVERALDO ALVES DOS SANTOS, MARIA  
DE LOURDES ALVES DOS SANTOS, CLAUDIO  
ALVES DOS SANTOS, LUCILIA FRANCISCA DE  
OLIVEIRA SÁ, JOSÉ THIAGO ALVES DOS SANTOS  
SILVA E EDSON ALVES DOS SANTOS

Apelados: OS MESMOS

Embargante: MARCOS ANTONIO DIAS LUNA

Advs./Procs.: DRS. PAULO CÉSAR MAIA PORTO (2º APTE.),  
MARCOS VINICIUS PONTES DOS SANTOS (3º  
APTE.), VINICIUS NUNES NOVAES (4º APTE.), MA-  
RIA DE FÁTIMA GOMES C. DE SÁ E ARAÚJO (5º  
APTE.), DANIEL CARNEIRO DUARTE E OUTRO (6º  
APTE.), TACILENE DIAS GOUVEIA DE SALES (7º  
APTE.), LEONARDO DE ANDRADE JORDÃO DE  
VASCONCELOS E OUTROS (8º, 9º E 10º APTE.)  
E JAILMA AUGUSTA DE BRITO DODÔ REIS (11º,  
12º E 13º APTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CRIMI-  
NAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRIMES  
DE INFORMÁTICA. FURTO QUALIFICADO.  
FRAUDES ATRAVÉS DA INTERNET. TRANSFE-  
RÊNCIA FRAUDULENTA DE DINHEIRO PARA A  
CONTA DE TERCEIROS E PARA PAGAMENTO  
DE BOLETOS BANCÁRIOS. CRIMES PRATICA-  
DOS POR EX-POLICIAIS. CONCUSSÃO. ARTIGO  
316 DO CÓDIGO PENAL. REAPRECIÇÃO DE  
PROVAS. INCABIMENTO EM SEDE DE EMBAR-  
GOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO QUANTO À**

**REDUÇÃO DE PENA DE MULTA PARA GUARDAR CONSONÂNCIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. OMISSÃO QUANTO AO DISPOSTO NO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL (FURTO PRIVILEGIADO) E DO EXAME DA SUPPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 9º E 10º DA LEI Nº 9.034/95. REDUÇÃO DE PENA DE MULTA PARA GUARDAR CONSONÂNCIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. OMISSÕES SUPRIDAS, COM EFEITOS INFRINGENTES APENAS PARA REDUZIR A PENA DE MULTA DE UM DOS EMBARGANTES.**

**- Embargos de Declaração opostos em face do Acórdão que manteve a sentença que condenou os agentes que, mediante fraude, conseguiram obter dados bancários de clientes da CEF, apropriando-se de numerário depositado nas contas de correntistas da instituição bancária e os policiais civis que retiveram temporariamente em uma viatura, e em seus veículos particulares, integrantes da quadrilha, obrigando-os a acompanhá-los sob ameaça, e após circular pela cidade de Petrolina/PE, exigiram deles a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil) reais para não denunciá-los e não cumprirem os mandados de prisão contra eles expedidos.**

**- Omissão do acórdão na análise da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal (furto privilegiado) do exame da suposta inconstitucionalidade dos arts. 9º e 10º da Lei nº 9.034/95 e da redução da pena de multa para que ela guarde consonância com a pena privativa de liberdade.**

**- O Embargante Marcos Antônio Dias Luna arremetava cartões bancários de “laranjas” para depositar e sacar o dinheiro desviado pela quadrilha via Internet de contas-correntes da CEF, recebendo cerca de R\$ 200,00 (duzentos reais) por cartão, tendo as escutas telefônicas**

**da Polícia Federal atestado o repasse de mais de 170 – cento e setenta – cartões bancários, o que o beneficiaria com R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais) de lucro, cifra que está longe de ser considerada de pequeno valor para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal.**

**- Ausência de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95, o primeiro que não permite o recurso em liberdade, porque a organização criminosa, que agia de forma empresarial em cinco Estados da Federação (Ceará, Bahia, Pernambuco, Goiás e Rio Grande do Sul), agindo subrepticiamente via rede mundial de computadores, atentou contra a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, devendo ser ressaltado que o Embargante fugiu do distrito da culpa durante as investigações, havendo a probabilidade de que, solto, poderá evadir-se e furtar-se à aplicação da lei penal.**

**- Constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 9.034/95, que prevê uma punição mais rigorosa para os integrantes de organizações criminosas ao exigir que eles iniciem o cumprimento da pena em regime fechado, porque a referida lei não impediu a progressão de regime (fechado para o semi-aberto e deste para o aberto), respeitando-se a individualização executória da pena, buscando punir de forma mais rigorosa aqueles que podem causar maior dano à sociedade.**

**- Possibilidade de redução da pena de multa para que guarde consonância com a pena privativa de liberdade. Suprimento da omissão para dar efeitos infringentes apenas quanto à redução da pena de Marcos Antônio Dias Luna.**

**- Impossibilidade de exclusão do crime previsto no art. 288 do Código Penal e de redução da pena pela continuidade delitiva, cujo aumento fica mantido na proporção de 2/3 (dois terços), refe-**

**rente aos Embargos de Alysonn Dantas de Carvalho.**

**- Embargante que, na qualidade de membro efetivo da quadrilha, teve atuação determinante, porque era o responsável pelo sistema de invasão instalados nos computadores; participou ativa e continuamente do bando, além de ter recebido grande quantia em dinheiro em face das atividades delituosas. Impossibilidade de exclusão do crime do art. 288 do CP, e manutenção dos 2/3 da continuidade delitiva.**

**- Embargante Jedvânio Vieira José dos Santos que afirmou a omissão do Acórdão na correta valoração das provas, na ausência de fundamentação da pena e na restituição de todos os bens e valores apreendidos e a liberação das contas salário e poupança**

**- Acórdão que analisou as provas dos autos, inclusive as interceptações telefônicas e os depoimentos das vítimas da concussão, bem como dos depoimentos das Autoridades Policiais responsáveis pelas diligências. O juiz não está obrigado a julgar a questão posta de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento; para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas, e da Doutrina e da Jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto.**

**- Na fixação da pena pelo crime de concussão (art. 316 do Código Penal) foram respeitados os requisitos do art. 59 desse mesmo Código Penal, analisados na sentença e respaldados no acórdão, não tendo sido a condição de policial civil utilizada para agravar a pena. Acórdão que apenas ressaltou a gravidade da conduta delituosa praticada por policiais que deveriam reprimir a prática de delitos ao invés de praticá-los, sem que isso tivesse qualquer influência no arbitramento da pena.**

**- Impossibilidade de liberação dos bens apreendidos, em face da ausência de provas de que ditos bens sob custódia efetivamente pertenciam ao Embargante, além de não haver indicação de sua origem lícita, especialmente com relação dos valores em dinheiro existentes nas contas bancárias. Aplicação do art. 188 do Código de Processo Penal.**

**- Embargos declaratórios de Edmilson Zacarias Silva opostos com base em contradição no acórdão, em face da inexistência do crime de concussão, afirmando que praticou o ato de ofício referente à entrega das integrantes da quadrilha à Autoridade Policial.**

**- Embargante que, junto com dois de seus colegas policiais, questionou as integrantes do bando dentro do carro particular de um deles para indicarem o chefe da quadrilha, o corréu Cláudio Alves dos Santos, de quem, posteriormente, o ora embargante, junto com os outros policiais, exigiu dinheiro, para deixar de cumprir mandado de prisão.**

**- Embargante que ao exigir de membros da quadrilha um extrato bancário referente ao saldo das contas deles e se valerem das informações privilegiadas que tinham acerca da expedição de mandados de prisão e outras diligências, exigiram dinheiro, para deixar de cumprir mandado de prisão, restando provada a existência do crime de concussão.**

**- O reexame da matéria não é permitido nas vias estreitas dos embargos de declaração, mas, apenas, por meio dos recursos ordinário e/ou extraordinário.**

**- Embargos de Declaração de Marcos Antônio Dias Luna, providos em parte, com efeitos infringentes, apenas para reduzir a pena de multa de 70 (setenta) para 40 (quarenta) dias-multa. Embargos de Declaração de Alysson Dantas de Car-**

***valho, Jedvânio Vieira José dos Santos e de Edmilson Zacarias da Silva improvidos.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento em parte, aos embargos de declaração de Marcos Antônio Dias Luna e negar provimento aos Embargos de Declaração de Alys-son Dantas de Carvalho, Jedvânio Vieira José dos Santos e Edmilson Zacarias da Silva, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que pas-sam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Re-lator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-LIANO:

Embargos de declaração opostos por Marcos Sérgio Menezes Galvão em face do v. acórdão de fls. 790/791, que foi assim ementado:

PENAL. ROUBO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. ART. 1º, VII, DA LEI Nº 9.613/98, C/C ARTS. 29 E 70, CP. CRIMES DE INFORMÁTICA. FURTO QUALIFICADO E CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FRAUDES ATRAVÉS DA INTERNET. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E INTER-CEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES DE DADOS TELE-MÁTICOS. CRIMES-MEIO PARA O FURTO. TRANSFE-RÊNCIA FRAUDULENTA DE DINHEIRO PARA A CONTA DE TERCEIROS E PARA PAGAMENTO DE BOLETOS BANCÁRIOS. CRIMES PRATICADOS POR EX-POLICIAIS. CONCUSSÃO. VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL.

ARTIGOS 316 E 325 DO CÓDIGO PENAL, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DAS PENAS.

1. Preliminares de incompetência de Justiça Federal, nulidade do processo por ausência de defesa técnica, e por falta de apresentação da defesa preliminar nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal - CPP, rejeitadas.

2. Agentes que, mediante fraude, conseguiram obter dados bancários de clientes da CEF, apropriando-se de numerário depositado nas contas de correntistas da instituição bancária.

3. A quebra do sigilo bancário e a interceptação das comunicações de dados telemáticos visavam à consecução das informações sigilosas de clientes de instituições bancárias, visto que, apenas de posse das referidas informações, poderiam os Agentes praticar o furto, agindo, perante o sistema de informática da instituição bancária, como se fossem o próprio cliente, operando a transferência de valores, sendo, portanto, crimes-meio para a prática do crime-fim, o furto.

4. Para a obtenção dos benefícios da delação premiada prevista no art. 6º da Lei nº 9.034/95 exige-se que os réus colaborem espontaneamente, com informações verídicas e eficazes, para o esclarecimento de infrações penais e da autoria de crimes praticados por organização criminosa.

5. Integrantes da quadrilha que vinham sendo monitorados em face da investigação constante da Polícia Federal, que trabalhou, sem cessar, na consecução das provas da autoria e da materialidade dos crimes praticados pela quadrilha, e no desbaratamento do grupo criminoso, de forma que nenhum dos integrantes faz jus à redução de pena decorrente da forma de delação premiada prevista no art. 6º da Lei nº 9.034/95.

6. Com o dinheiro subtraído das contas-correntes os apelantes compravam bens como carros e apartamentos em nome de familiares e de terceiros, utilizando o produto do furto, configurando-se tal conduta como fruição do dinheiro subtraído, não ficando configurando o disposto no art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais).

7. Absolvição do apelante condenado exclusivamente pelo crime de lavagem de capitais - 1º, VII, da Lei nº 9.613/98.
8. Policiais civis que retiveram temporariamente, em viatura e em seus veículos particulares, integrantes da quadrilha, obrigando-os a lhes acompanharem sob ameaça, e após circular pela cidade de Petrolina/PE, exigiram deles a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para não denunciá-los e não cumprirem os mandados de prisão contra eles expedidos.
9. A privação temporária da liberdade dos integrantes da quadrilha serviu apenas como ponto de partida para as negociações da vantagem indevida a ser paga aos policiais; o crime de sequestro (art. 148 do Código Penal) foi apenas 'crime-meio' necessário à prática do crime de extorsão. Ocorrência da consumação do crime de sequestro pelo de extorsão.
10. Os então policiais, ao exigirem de membros da quadrilha um extrato bancário referente ao saldo das contas deles e se valerem das informações privilegiadas que tinham como acerca da expedição de mandados de prisão e outras diligências, somente desejavam saber de quanto dinheiro os integrantes da quadrilha dispunham, a fim de quantificar o valor a ser exigido para deixarem de efetuar a prisão deles. Não havia o intuito de tornar público e dar conhecimento a terceiros a respeito da movimentação financeira dos membros da quadrilha, sendo a exigência da retirada do extrato um meio para a prática do crime de concussão, não ficando configurado o crime de violação de sigilo bancário (art. 10 da LC nº 105/2001) nem o de violação de sigilo funcional (art. 352 do Código Penal).
11. A dosimetria da pena foi corretamente aplicada quanto ao crime de furto duplamente qualificado, respeitando-se o sistema trifásico imposto pelo Código Penal vigente, qual seja, a observância das circunstâncias judiciais do art. 59, das circunstâncias agravantes e das atenuantes e, por fim, das causas de aumento ou de diminuição de pena.
12. Embora respeitado o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal, a observância das circunstâncias judiciais do art. 59 dos ora Apelantes não justifica com a máxima vênia, a exasperação da pena base no triplo do mínimo legal dos integrantes da quadrilha.
13. Apelação do MPF improvida e apelação dos réus providas em parte.



Marcos Antônio Dias Luna sustentou a existência de contradição no acórdão, porque ele teria se equivocado ao afirmar que ele fora condenado a 13 (treze) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, quando na verdade fora condenado apenas a 09 (nove) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa, afirmando que o agrupamento feito entre os réus, a fim de facilitar o trabalho na definição da pena dos mesmos, prejudicou a redução da pena, porque o agrupou entre os “cabeças” da organização, quando ele teve uma participação insignificante nos fatos, como simples “cartãozeiro”, requerendo uma maior diminuição da pena.

Afirmou ainda que o acórdão foi omissivo ao deixar de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal (furto privilegiado) porque a conduta do embargante no fato foi de menor participação, limitando-se ao repasse de sete a dez cartões à corré Maria de Lourdes, causando prejuízo à CEF em cerca de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), valor insignificante se comparado à quantia de R\$ 51.000,00 (cinquenta e um mil reais) que o MPF alega que o embargante auferiu com a conduta delituitosa.

Ressaltou que o acórdão ainda deixou de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade dos arts. 9º e 10 da Lei nº 9.034/95, olvidando-se de levá-la ao Plenário para a discussão, nos termos do art. 6º, I, *f*, do Regimento Interno deste Tribunal, afirmando que, com a redução da pena por este Tribunal, ele faz jus ao cumprimento da pena em regime semi-aberto, uma vez que seria desnecessária a continuidade de sua prisão, esclarecendo que os citados artigos implicam em violação aos direitos fundamentais da pessoa humana – fls. 3870/2882.

Em seus embargos, Alysson Dantas de Carvalho requereu a exclusão do crime previsto no art. 288 do Código Penal, afirmando ser inexistente o vínculo estável e permanente para a prática do delito, esclarecendo que o único ponto de ligação do apelante com a quadrilha, era o corréu Everaldo Alves, desconhecendo os outros membros da organização.

Com relação à pena pela continuidade delitiva, afirma que faz jus à redução da reprimenda de 2/3 a 1/3, porque agia como “boleiteiro”, participando de forma menor no esquema fraudulento, dife-

rentemente dos chefes da quadrilha, que efetivamente fizeram jus ao patamar de 2/3 – fls. 3916/3922.

Jedvânio Vieira dos Santos também embargou afirmando que o acórdão foi omissivo quanto à apreensão indevida de bens e valores do apelantes, sem que houvesse pronunciamento do acórdão sobre aparelhos celulares, *pen drive* e um relógio de pulso, afirmando a inexistência de prova de que estes objetos estivessem relacionados com a prática de algum delito, e sobre o bloqueio da conta-salário e da conta-poupança a ele vinculada do embargante, o que lhe impossibilita o recebimento do salário necessário à sua sobrevivência.

Afirma que o acórdão foi omissivo no tocante à fundamentação da dosimetria da pena, ressaltando a inexistência de quaisquer dos requisitos do art. 59 do Código Penal que justificassem a fixação da sua pena no triplo do mínimo legal, afirmando, ainda, que houve *bis in idem*, porque a condição de policial, que já integra o tipo, não poderia ser considerada para a elevação da pena-base.

Por fim, alegou que houve contradição e obscuridade na apreciação das provas, sustentando que a sua condenação baseou-se apenas no depoimento de dois membros da quadrilha, deixando-se de apreciar as outras provas dos autos, afirmando que estava apenas cumprindo as ordens verbais que recebeu da Autoridade Policial, apresentando as provas obtidas contra a quadrilha ao Delegado Estadual responsável.

Requeru, por fim, a correta valoração das provas, a redução da pena ao mínimo legal e a restituição de todos os bens e valores apreendidos e a liberação das contas salário e poupança – fls. 3897/3895.

Edmilson Zacarias Silva, nos respectivos embargos, sustentou a inexistência do crime de concussão, afirmando que o acórdão incorreu em equívoco ao afirmar que eles interrogaram mulheres da quadrilha de Cláudio Alves dos Santos foram conduzidas à Delegacia, afirmando que elas foram interrogadas pelo Delegado João Britto e interrogadas entre os dias 04/07/2007 e 05/07/2007, esclarecendo que, como não interrogou as mulheres, não tinha como pedir a vantagem indevida exigida no delito de concussão – fls. 3931/3934.

Pediram, ao final, que o órgão julgador se pronunciasse sobre a matéria, com o conseqüente provimento dos embargos, com o fito de que fossem supridas as contradições e as omissões apontadas.

Nas contrarrazões aos embargos de declaração, o MPF sustentou que o acórdão realmente foi omissivo com relação às alegações de Marcos Antônio Dias Luna sobre a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal (furto privilegiado), e a inconstitucionalidade dos arts. 9º e 10 da Lei nº 9.034/95.

Afirmou, remetendo-se às contrarrazões de fls. 3301/3036, a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, porque não fora de pequeno valor a coisa furtada, porque a quadrilha auferiu cerca de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) com as fraudes e que a jurisprudência pátria reconheceu a constitucionalidade dos arts. 9º e 10 da Lei nº 9.034/95, ressaltando que, em cumprimento ao art. 22, I, da Constituição Federal, os legisladores federais elaboraram a Lei nº 90.35/95, que estabeleceu no art. 9º a impossibilidade de o integrante de organização criminosa apelar em liberdade e, no art. 10, a imposição de os integrantes de organização criminosa iniciarem o cumprimento da pena em regime fechado, devendo ser providos os embargos, sem a atribuição, contudo, de efeitos infringentes.

Sustentou, também, que houve omissão nos embargos de Jedvânio Vieira dos Santos quanto ao pedido de devolução dos bens apreendidos, ressaltando, porém, que eles não deveriam ser providos em parte, apenas quanto à análise do perdimento dos bens, ressaltando, todavia, que os bens foram utilizados para a prática do delito, devendo ser mantida a decretação de seu perdimento para a União Federal. Quanto às outras alegações, afirma que os embargos deveriam ser desprovidos, uma vez que postulam, apenas, o reexame da causa, incabível em sede de embargos.

Com relação aos outros embargantes, afirma que são inconsistentes as razões recursais, porque, com relação a Alysson Dantas de Carvalho, o acórdão examinou exaustivamente a sua participação na quadrilha, sendo verificado que ele não era um sim-

ples 'boleteiro' e, mesmo que assim fosse, reprisou sua conduta delituosa repetidas vezes, fazendo jus à pena da continuidade delitiva no patamar de 2/3.

Afirmou, por fim, e no tocante aos embargos de Edmilson Zacarias Silva, que o acórdão foi explícito no exame dos depoimentos das três mulheres, levando em consideração as próprias palavras do ora embargante, não padecendo ele dos vícios alegados.

Ao fim, requereu o desprovemento dos embargos – fls. 4076/4086.

No parecer, a d. Procurador da República opinou pelo provimento, em parte, dos embargos de Marcos Antônio Dias Luna, no tocante à inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95 e a fixação do regime inicial de cumprimento de pena – fls. 4090/4099.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Somente cabem embargos de declaração quando “houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão” (art. 619 do Código de Processo Penal - CPP). E, conforme se vê da leitura do julgado, o acórdão enfrentou as questões discutidas, em consonância com os dispositivos da legislação adjetiva penal; por isso, não se os pode ter por pertinentes.

Com relação aos embargos de Marcos Antônio Dias Luna, verifico que, realmente houve erro material no tocante à pena privativa de liberdade do embargante.

O equívoco está patentado e configura erro material, possível de ser sanado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, nos termos do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC.

O ora embargante fora condenado à pena de 09 (nove) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa e não a 13 (treze) anos de reclusão e 100 (cem) dias multa, como dito no relatório do acórdão.

Ressalte-se que, por ser um erro material corrigível de ofício, nenhum prejuízo causou ao réu, posto que sua pena foi recalculada quando do julgamento pela egrégia Turma, sendo reduzida em três (três) anos, passando a totalizar 06 (seis) anos de reclusão.

No entanto, a pena de multa deve, efetivamente, ser reduzida, de forma a ter equivalência à pena privativa de liberdade. Desta forma, deve a pena ser reduzida para 40 (quarenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente no País.

Verifico que o acórdão também foi omissivo na análise da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal (furto privilegiado) e do exame da suposta inconstitucionalidade dos arts. 9º e 10º da Lei nº 9.034/95.

Não se configura o chamado furto privilegiado, previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal:

Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

No caso, o embargante é primário, porquanto ainda não fora condenado anteriormente, em especial por estelionato, na Ação Criminal nº 233.2007.004654-8, em trâmite na Justiça Estadual.

Contrariamente ao que alega, não é de pequeno valor a coisa furtada. O embargante associou-se com Maria de Lourdes Alves dos Santos para arremeter cartões bancários de “laranjas” para depositar e sacar o dinheiro desviado pela quadrilha via Internet de contas-correntes da CEF.

Embora ele afirme em seu interrogatório que apenas conseguiu 11 ou 12 cartões para Maria de Lourdes, recebendo cerca de R\$ 200,00 (duzentos reais) por cartão, as escutas telefônicas da Polícia Federal atestam que ele repassou a ela mais de 170 (cento e setenta) cartões bancários, que gratificado com duzentos reais por cartão, o beneficiária com R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais) de lucro, cifra que está longe de ser considerada de pequeno valor para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal – fls. 260/269, do relatório de Inteligência Policial nº 031/2007.

Também foi omissa o acórdão quanto à apreciação acerca da inconstitucionalidade dos arts. 9º e 10º da Lei nº 9.034/95.

Passo a suprir a omissão.

Dispõem os arts. 9º e 10 da Lei nº 9.034/95:

Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

Art. 10 Os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

No caso, o art. 9º da Lei nº 9.034/95 não permite o recurso em liberdade, porque a organização criminosa, que agia de forma empresarial em cinco Estados da Federação (Ceará, Bahia, Pernambuco, Goiás e Rio Grande do Sul), agindo sub-repticiamente via rede mundial de computadores, atentou contra a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, havendo elementos suficientes para não permitir o recurso em liberdade, devendo ser ressaltado que o embargante fugiu do distrito da culpa durante as investigações, havendo a probabilidade de que, solto, poderá furtar-se à aplicação da lei penal – fls. 2531/2533.

A Lei nº 9.034/95, no art. 10, prevê uma punição mais rigorosa para integrantes de organizações criminosas ao exigir que eles iniciem o cumprimento da pena em regime fechado, não havendo inconstitucionalidade porque a referida lei não impediu a progressão de regime (fechado para o semi-aberto e deste para o aberto) respeitando-se a individualização executória da pena, buscando punir de forma mais rigorosa aqueles que poderiam causar maior dano à sociedade.

Saliento, por derradeiro, que para se afastar regra geral em função da existência de norma especial, como no caso que ora se cuida, não há a necessidade de se observar a cláusula de reserva do Plenário (artigo 97 da Constituição Federal).

Alysson Dantas de Carvalho requer a exclusão do crime previsto no art. 288 do Código Penal, afirmando a inexistência de vínculo estável e permanente para a prática do delito, e a redução da pena referente à continuidade delitiva, afirmando que faz jus à redução da pena de 2/3 para 1/3, porque agia como “boleteiro”, par-

ticipando de forma menor no esquema fraudulento, diferentemente dos chefes da quadrilha, que efetivamente fazem jus ao patamar de 2/3 – fls. 3916/3922.

Contrariamente ao alegado pelo embargante, restou provado que ele era membro efetivo da quadrilha, com atuação determinante, tendo participado não só ativa como continuamente, além de ter recebido grande quantia em dinheiro em face das atividades delituosas, conforme afirma o Acórdão, cujo trecho ora transcrevo:

**Alysson Dantas**, além de ser “cartãozeiro”, era também um *cracker*, responsável pela organização da quadrilha no Ceará, na Bahia, e no Rio Grande do Sul. O réu **Everaldo Alves** dos Santos, um dos líderes da quadrilha, afirmou em seu interrogatório que **Alysson Dantas** de Carvalho era um de seus principais cooptadores de “laranjas”, recebendo cerca de 20% (vinte por cento) das quantias repassadas a eles – fls. 317.

Além disso, o Laudo Pericial de Exame em Computador (fls. 897, Apenso I, 3º Volume do Inquérito Policial), atestou a existência de grande quantidade de ‘programas espíões’ no computador dele, bem como os vários contatos com Everaldo, versando sobre fraudes em contas bancárias, com as devidas senhas.

Como pagamento pelos seus ‘serviços’, o Apelante conseguiu haver cerca de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), rendimento incompatível com sua profissão de Técnico em Informática – fls. 3759.

Dessa forma, não deve ser excluído o crime previsto no art. 288 do Código Penal, nem reduzida a pena pela continuidade delitiva, cujo aumento fica mantido na proporção de 2/3 (dois terços).

Em seus embargos, Jedvânio Vieira dos Santos afirmou que o acórdão foi contraditório e obscuro na apreciação das provas porque se baseou no depoimento de corréus, deixando de lado as várias provas dos autos que afirmariam sua inocência.

O acórdão analisou as provas dos autos, inclusive as interceptações telefônicas e os depoimentos das vítimas da concussão, bem como os depoimentos das Autoridades Policiais responsáveis pelas diligências, *verbis*:

**Passo à análise das Apelações do Ministério Público e dos próprios Réus Edmilson Zacarias da Silva, Jedvânio Vieira José dos Santos e José Edvaldo Soares de Souza.**

Afirma o MPF que eles deveriam ter sido condenados pelo crime de sequestro (art. 148 do CP) porque este não fora crime-meio para a concussão, uma vez que ambos os crimes tiveram momentos diferentes porque, após interrogarem as Apeladas sobre o esquema criminoso da quadrilha e descobrir que **Cláudio Alves** dos Santos era o ‘arregimentador’ dos cartões bancários, eles o teriam sequestrado, obrigando-o a acompanhar-lhes, sob ameaça, e após circular pela cidade de Petrolina/PE, exigiram dele a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para não denunciá-lo, fazendo o mesmo com **Lucília Francisca** Oliveira Santos.

Em suas apelações, sustentam os Apelantes a existência de uma suposta “armação” entre os membros da quadrilha, porque como membros da mesma família teriam elaborado um plano para incriminá-los por terem sido eles os policiais responsáveis pelas suas prisões.

Os três Apelantes, após constatarem durante diligências policiais, que o corréu **Cláudio Alves** dos Santos, era um dos líderes da quadrilha, teriam-no obrigado a entrar em um veículo e dele exigiram a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), depois reduzida para R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) a fim de não o prenderem por crime de furto qualificado, ou de cumprirem o mandado de prisão, quantia que foi paga pelo irmão de **Cláudio Alves**.

Entendo que no presente caso, a finalidade dos apelantes era unicamente assegurar a percepção de vantagem econômica, e não a privação da liberdade do Cláudio Alves dos Santos. Os apelantes fizeram o co-réu entrar no carro apenas para ter um local específico para negociar o pagamento extorsivo, tanto que ele foi logo solto e as negociações continuaram posteriormente, sob ameaça de prisão, culminando com a paga da extorsão.

**Portanto a privação temporária da liberdade do Réu serviu apenas como ponto de partida para as negociações da vantagem indevida a ser paga pelo co-Réu, de forma que o crime de sequestro, que em tese estaria caracterizado – porque privou-se uma pessoa do direito de ir e vir, o *jus deambulandi*, foi, naquele**



**momento, um meio necessário para a prática do crime de extorsão. Por isso há a consunção do crime de sequestro pelo delito de extorsão.**

O mesmo ocorre com os crimes de **violação de sigilo bancário** (art. 10 da LC nº 105/2001) e de **violação de sigilo funcional** (art. 352 do Código Penal). Os então policiais, ao exigirem de membros da quadrilha um extrato bancário referente ao saldo das contas deles e ao se valem das informações privilegiadas que tinham como policiais acerca da expedição de mandados de prisão e outras diligências, objetivavam apenas saber quanto dinheiro eles tinham a fim de quantificar o valor a ser exigido, para deixarem de efetuar a prisão deles. Não havia o intuito de tornar público, e/ou dar conhecimento a terceiros, acerca da movimentação financeira dos membros da quadrilha, sendo a exigência da retirada do extrato, também um meio para a prática do crime de concussão, não ficando configurado o crime de **violação de sigilo bancário** (art. 10 da LC nº 105/2001) e de **violação de sigilo funcional** (art. 352 do Código Penal).

Por outro lado, não se verifica a suposta “armação” da quadrilha para prejudicar os apelantes.

Em seu interrogatório, o réu **Edmilson Zacarias** da Silva afirmou que “... o delegado FREIRE entregou para o Réu JEDVÂNIO VIEIRA JOSÉ DOS SANTOS uma carta precatória oriunda de BRUSQUE/SC, cujo objetivo era a oitiva de 3 (três) mulheres em cujas contas bancárias da Caixa Econômica Federal foram depositados valores fraudulentamente obtidos, aproximadamente, R\$ 1.000,00 (um mil reais), cada uma; (...) que o Delegado FREIRE determinou que o réu JEDVÂNIO VIEIRA JOSÉ DOS SANTOS que cumprisse a carta precatória; que o interrogando e o réu JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA dirigiram-se a um dos endereços fornecidos na carta precatória, sendo que nele moravam 2 (duas) das intimandas, mas apenas uma delas se encontrava no local; que o interrogando e o réu JOSÉ SOARES DE SOUZA estão lotados na delegacia de polícia civil de Dormentes/PE; que, mediante autorização do Delegado de Polícia, o réu JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA também atua em Petrolina/PE; que o interrogando sempre atua em Petrolina, não obstante inexistir ato formal assim determinando - fls. 280/289.

Observe-se, de plano, que os Apelantes não tinham autorização da Secretaria de Segurança Pública para atuarem na cidade de Petrolina, pois estavam lotados em Dormentes/PE, possuindo apenas mera autorização informal do Delegado para estarem lá (Petrolina) pretensamente exercendo suas funções.

De posse das precatórias e, após terem obtido informações das três mulheres interrogadas acerca do repasse do dinheiro furtado das contas da CEF para a conta de Cláudio Alves dos Santos, vislumbraram a possibilidade de auferir alguma vantagem financeira com a quadrilha, em face do volume de dinheiro que eles movimentavam **em, pelo menos, quatro Estados da Federação.**

Também no seu interrogatório, o réu **Edmilson Zacarias** da Silva afirmou que, tendo conhecimento que **Cláudio Alves** dos Santos era Guarda Municipal em Petrolina, e ele (Cláudio Alves) **Jedvânio Vieira** José dos Santos e **José Edvaldo** Soares de Souza aguardaram o final do plantão dele – no dia 07.07.2007, às 07 horas da manhã – para abordá-lo, fazendo-o ingressar no veículo particular de **Jedvânio Vieira** José dos Santos, e circularam com ele pela cidade por cerca de 30 (trinta) minutos, e ele colaborou com a Polícia, tendo, inclusive, oferecido seus extratos bancários, que eles reuniram e entregaram ao Delegado FREIRE, nada mencionando acerca da extorsão -fls. 280/289.

Da leitura do depoimento verifica-se que **Cláudio Alves** dos Santos foi pego de surpresa no dia 07.07.2007 – às 7h da manhã – o mesmo ocorrendo com sua esposa **Lucília Francisca** de Oliveira Sá, de forma que tal afirmação, existente nos três depoimentos dos policiais, torna difícil fazer crer na existência de uma armação entre os membros da quadrilha, pegos repentinamente pelos policiais, havendo uma absoluta falta de oportunidade e de tempo para eles tramarem para incriminá-los.

De acordo com o MM. Juiz de Direito Cícero Everaldo Ferreira da Silva, os mandados de prisão dos membros da quadrilha ficaram disponíveis para a Delegacia de Petrolina apenas na tarde do dia 12.07.2007 – fls. 939/9412.

Logo, os apelantes, ao abordarem o co-réu **Cláudio Alves** do Santos e sua esposa e co-ré **Lucília Francisca** de Oliveira Sá, não tinham autorização legal ou mandado judicial para fazê-lo.

O depoimento do Delegado João Brito (fls. 401/407) é esclarecedor quando afirma que ele não autorizou os policiais a realizar diligências acerca das precatórias, esclarecendo que ela dizia respeito apenas às três mulheres e não a **Cláudio Alves** dos Santos, afirmando que veículos particulares dos agentes não podem ser utilizados para diligências, salvo com autorização da Autoridade Policial. Dessa forma, causa estranheza o fato de eles terem usado, para o cumprimento de uma diligência supostamente oficial, o veículo particular de um dos policiais. A alegação de “não querer confronto com a guarda municipal”, porque esta também portaria armas, não serve de fundamento para a utilização do veículo particular.

A melhor prevenção contra o suposto ‘confronto’, que não aconteceria, porque o guarda foi abordado quando estava sozinho, de surpresa, na saída do trabalho, seria ter toda a documentação legal disponível; seria precaver-se com a posse de toda a documentação legal, e do veículo oficial para realização da diligência, e não com a utilização de um veículo privado, dando margens a interpretações de toda ordem.

Além do mais, os registros telefônicos do dia indicam que, além do pedido para que o co-réu **Cláudio Alves** dos Santos retirasse os extratos bancários, fazendo o mesmo com a esposa deste, **Lucília Francisca** de Oliveira Sá, também teria havido um pedido de entrega de valores, que não teria se concretizado em face da dificuldade da retirada do saldo naquele horário, tendo sido pedido por **Cláudio Alves**, aos familiares, que tentassem efetivar uma transferência – fls. 82/85 do Anexo II do Inquérito Policial, procedimento nº 2007.83.08.000992-5.

Há, portanto, pouca probabilidade da quadrilha para que, pega de surpresa, tramasse de forma imediata uma ‘armação’, ou um ‘estratagema’, com o fito de prejudicar três policiais que, no momento, não sabiam quem eram.

As escutas telefônicas realizadas nos dias seguintes aos fatos provam a continuidade das negociações extorsivas – fls. 3518/3520.

Ressalte-se que, apenas de posse dos mandados de prisão no dia 12.07.2007 foi que a negociação se concretizou, pois, desta feita, os Apelantes puderam ter uma ameaça real contra **Cláudio** e **Lucília**, avisando-os do mandado de prisão, recebendo pelo aviso a quantia de R\$

45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) o que levou os corréus a efetivamente se evadirem, refugiando-se por quase um mês na cidade de Alagoinhas/BA.

As vítimas narram em riqueza de detalhes (fls. 210/223) os fatos daquele dia, afirmando que os policiais fizeram ameaças, perguntando o nome de outras pessoas da quadrilha e requerendo, ainda, a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para não efetuar a prisão, sendo todos consonantes no conjunto, especialmente no tocante a **dias, horários e valores**, tudo corroborado pelas escutas telefônicas **do dia do fato** e dos dias que a eles se seguiram.

Em suma, o juiz não está obrigado a julgar a questão posta de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento; para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas, e da Doutrina e da Jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto.

Quanto à fixação da pena, também não assiste razão ao apelante. A egrégia Turma excluiu os crimes de **violação de sigilo bancário** (art. 10 da LC nº 105/2001) e de **violação de sigilo funcional** (art. 352 do Código Penal), porque os considerou como 'crimes-meio' para a prática do delito de concussão (art 316 do CP) e, manteve a pena em 06 (seis) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.

O acórdão, portanto, subscreveu a fundamentação lançada na decisão *a quo* para a fixação da pena, conforme se vê do que ora transcrevo:

5.7. JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA, JEDVÂNIO VIEIRA JOSÉ DOS SANTOS E EDMILSON ZACARIAS DA SILVA

Pena-base:

Circunstâncias judiciais a) **culpabilidade**: a reprovabilidade da conduta dos apenados é altíssima em relação aos três delitos pelos quais foram condenados. Aproveitaram-se os réus de uma investigação que se iniciava e puseram em risco o desbaratamento de uma quadrilha grande e organizada, que captava valores eletrônicos em todo o país, quando exigiram o dinheiro; violaram suas contas e revelaram a existência de mandado de prisão; b) **antecedentes**: nada há a título de antecedentes criminais; c0

conduta social : favorável; d) **personalidade dos agentes**: JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA, que se revelou agressivo durante toda a abordagem na qual foram cometidos os três crimes, é merecedor de contemplação desfavorável; a dos demais é normal. e) **motivos**: os motivos alegados pelos agentes no que diz respeito á prática dos crimes, e que foram revelados pelas vítimas, seria o fato de “ganharem pouco”. Nos interrogatórios eles mesmos aduziram que ganhavam entre R\$ 1.600,00 a R\$ 2.000,00 reais por mês. Circunstância amplamente desfavorável para os três condenados, notadamente se verificada a realidade da maioria da população brasileira; (...) f) **circunstâncias do crime**: o fato de ter se estendido a execução dos crimes por dias, em locais movimentados, como um *shopping center*, revelou extrema ousadia e certeza da impunidade. Tal se aplica aos três delitos; g) **conseqüências dos crimes**: também desfavoráveis para a concussão, pois resultou na percepção de R\$ 45.000,00, além de evitar que o mandado de prisão fosse cumprido. (...); h) **comportamento da vítima**: apesar de se tratar de componentes da organização criminosa, não se pode dizer que as vítimas provocaram ou contribuíram para a prática dos crimes:

(...)

Fixo a pena de **JEDVÂNIO VIEIRA JOSÉ DOS SANTOS**:

a) **Para o delito de concussão**, tendo em vista a predominância de circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa (art. 50 do CP), a qual torno definitiva, uma vez que ausentes quaisquer oscilações – fls. 2412/2413.

Como se observa, os requisitos do art. 59 do Código Penal foram todos analisados na sentença e respaldados no acórdão, não tendo sido, ao contrário do que alega o apelante, a condição de policial civil utilizada para a agravar a pena.

Esclareço que o acórdão apenas ressaltou que a gravidade da conduta delituosa praticada por policiais que deveriam reprimir a prática de delitos ao invés de praticá-los, sem que isso tivesse tido qualquer influência no arbitramento da pena.

Por fim, com relação à liberação dos bens apreendidos, resalto que o embargante não provou que os bens apreendidos efe-

tivamente lhe pertenciam, além de não provar a origem lícita dos mesmos, o mesmo ocorrendo com os valores depositados em suas contas, esclarecendo a sentença, com relação a Jedvânio, “... *que em momento algum o réu epigrafado explicou de forma convincente a origem do valor de R\$ 3.692,00 (três mil, seiscientos e noventa e dois reais) em espécie apreendidos em sua casa, valor, diga-se de passagem, equivalente a quase o dobro de seus rendimentos, bem como a inexplicável quantia de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) em sua conta bancária*” – fls. 2391.

Além disso, há de ser aplicado o art. 118 do CPP, *in verbis*:

Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Deveras a pretensão do embargante parece mesmo ser a de que a matéria, pelo mérito, seja reexaminada. Ora, este Tribunal não pode, nas vias estreitas dos Embargos de Declaração, proferir um novo julgamento do tema trazido a lume, para modificar *in totum* a decisão proferida, o que seria da competência dos colendos Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, por meio, respectivamente, dos Recursos Extraordinário ou Ordinário.

Edmilson Zacarias Silva, em seus Embargos, sustentou a inexistência do crime de concussão, afirmando que praticou o ato de ofício, cumprindo o mandado que exigia o recolhimento de três mulheres, integrantes da quadrilha, para que elas fossem submetidas a interrogatório.

O fato de as integrantes da quadrilha terem sido ouvidas pela Autoridade Policial que interrogou as corrés, nos dias 04/07/2007 e 05/07/2007, como diz o embargante, não exclui o crime de concussão.

Os depoimentos das mulheres esclareceram que o embargante, junto com dois dos seus colegas policiais, foram questionadas dentro do carro particular de um deles para indicarem o chefe da quadrilha, o corré Cláudio Alves dos Santos, de quem, posteriormente, o ora embargante, junto com os outros policiais, exigiram dinheiro, obrigando-o a entrar em um veículo e dele exigindo a

quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), depois reduzida para R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), a fim de não o prendem por crime de furto qualificado, ou de cumprirem o mandado de prisão, quantia que foi paga pelo irmão de Cláudio Alves, fato documentado pelas escutas telefônicas e a apreensão de parte do dinheiro com seus colegas policiais – fls. 2365/2366.

O fato de as teses defendidas pelos ora embargantes não terem sido analisadas ao seu gosto não configura omissão, eis que a decisão encontra-se devidamente fundamentada.

O magistrado não tem o dever de apreciar todos os pontos trazidos pelas partes se apenas um deles tem força para firmar sua convicção. Não há obrigatoriedade de se esmiuçar todos os pontos arrazoados pelas partes, pois basta a explicitação dos motivos norteadores do convencimento. Nesse sentido, esta Corte já se manifestou:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APELAÇÃO CRIMINAL. ESCÂNDALO DA MANDIOCA. PECULATO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DIRIMIDAS PELA C. TURMA. IMPOSSIBILIDADE.

- Embargos declaratórios opostos à míngua dos requisitos previstos no art. 619 do CPP, haja vista que o Ministério Público Federal apenas intenta devolver a este Órgão Fracionário os fundamentos já examinados por ocasião do julgamento da apelação.

- Trata-se de aresto cujo teor manteve incólume o veredito absolutório proferido pela MM. Juíza Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, porquanto constatada a inexistência de provas para a condenação (CPP, art. 586, inciso VI).

**- Na esteira da jurisprudência do c. STJ, “ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável**

**ao caso.” (STJ, REsp 640511/PR, Relator o e. Ministro José Delgado, decisão unânime da Primeira Turma em 05/08/2004, publicada no DJ de 20/09/2004).**

- A ação criminal fora instaurada no fito de perquirir a prática de delitos cujos fatos remontam aos idos de 1979/1980, que ficaram conhecidos neste Estado de Pernambuco como Escândalo da Mandioca.

- Nesse passo, salta aos olhos que, mesmo se modificado o acórdão e cominada a pena em seu máximo legal de 12 (doze) anos, o que não seria de se esperar, far-se-ia mister se reconhecer consumada a extinção da punibilidade pela prescrição (CP, art. 109, inciso II), até porque, conforme é cediço, o decurso do prazo prescricional não é interrompido pela sentença absolutória.

Embargos Declaratórios rejeitados, à míngua dos pressupostos legais de oposição.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, EDACR - 4769/01/PE, Primeira Turma, Decisão: 05/07/2007, DJ - Data: 14/08/2007 - Página: 538 - Nº 156, Desembargador Federal José Maria Lucena ).

Se a pretensão é a de um novo julgamento da causa, tal não se comporta em sede de embargos de declaração.

Ademais (nunca é bastante rememorar) os embargos são cabíveis, apenas, das decisões onde houver ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição, tal como preceitua o artigo 619 do CPP; não concorrendo qualquer desses pressupostos de admissibilidade, averbando a devida vênia aos que se posicionem em sentido oposto, não vejo como se possa acolher o presente recurso, nem mesmo para os fins de prequestionamento.

Pautado nessas razões, dou provimento em parte, aos embargos de declaração de Marcos Antônio Dias Luna, apenas para reduzir a pena de multa de 70 (setenta) para 40 (quarenta) dias-multa, e nego provimento aos embargos de declaração de Alysso Dantas de Carvalho, de Jedvânio Vieira José dos Santos e de Edmilson Zacarias da Silva.

É como voto.



## REVISÃO CRIMINAL Nº 64-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Requerente: CARLOS FERNANDO CORDEIRO DE MELO  
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. FRANCESCO ANTÔNIO CAMINHA BORSELLINO (REQTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CPP. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. IMPROCEDÊNCIA.**

**- Ação revisional ajuizada para desconstituir sentença proferida pela Justiça Federal de 1º Grau que condenou o autor por crime de fraude na licitação para a compra de flauta destinada à Orquestra Sinfônica da Paraíba, com recursos repassados pelo Ministério da Cultura ao Estado da Paraíba.**

**- O superfaturamento da proposta, que foi descartado pela Justiça Estadual, não se confunde com a fraude relacionada com o defeito da mercadoria entregue à Administração, que levou à condenação do autor na Justiça Federal. Sendo diversos os fatos de que trataram as duas ações, a primeira sentença (a da Justiça Estadual) não é apta a fazer coisa julgada em relação à sentença superveniente, i.e., a que foi prolatada pela Justiça Federal.**

**- Os ilícitos cometidos na aquisição do instrumento com verba proveniente de convênio que atribui à concedente, ou seja, à União, o dever de fiscalizar a exata aplicação dos recursos repassados, consubstanciam o interesse da União, nos termos da Súmula nº 208/STJ, de modo a firmar-se a competência da Justiça Federal, em**

**conformidade com o inciso IV, art. 109, da CF/88.**  
**- Considerando-se a pena aplicada ao autor (três anos e quatro meses de detenção), o prazo prescricional de oito anos, contado da data da consumação do fato delituoso (26.12.1996), foi interrompido com o recebimento da denúncia (25.07.2000) e finalizado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (26.03.2007), não havendo, pois, falar em prescrição.**  
**- A mudança de endereço do autor e a decretação da revelia não causaram prejuízo à defesa, porquanto, foram nomeados defensores ad hoc ou dativos, os quais apresentaram alegações finais e opuseram embargos declaratórios com os mesmos argumentos levantados na presente revisional.**  
**- Revisão criminal que se julga improcedente.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido revisional, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

CARLOS FERNANDO CORDEIRO DE MELO ajuíza a presente revisão criminal, nos termos do art. 621 do CPP, com o objetivo de rescindir a sentença proferida na Ação Penal nº 2000.82.00.006177-1 pela MM. Juíza Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou procedente a denúncia formulada contra o ora autor, sócio da empresa “Fórmula - Comércio e Re-

apresentação Ltda.”, por ter fornecido como nova uma flauta adquirida pela Orquestra Sinfônica do Estado da Paraíba, com recursos do Ministério da Cultura.

Diante do fato acima mencionado, a r. sentença condenou o réu às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção, e 48 (quarenta e oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 96, II, da Lei 8.666/93:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

(...)

II - vendendo como verdadeira ou perfeita mercadoria falsificada ou deteriorada;

(...)

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Nos termos do art. 44 do CP, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consubstanciadas em prestação de serviços gratuitos à comunidade ou à entidade pública e a prestação pecuniária em favor de entidade pública ou privada de destinação social, fixado no valor de três salários mínimos.

O autor alega ofensa à coisa julgada, uma vez que a ação de origem versaria fatos idênticos aos que foram apreciados na Ação Penal nº 200972238592, que tramitou perante a 6ª Vara Criminal da Comarca de João Pessoa, na qual foi proferida sentença absolutória transitada em julgado.

Suscita a competência exclusiva da Justiça Estadual, por tratar-se de crime em licitação aberta para a execução de convênio firmado entre o Ministério da Cultura e o Governo do Estado da Paraíba (Convênio nº E-088/96-SE, fls. 453/459) e, ainda, porque o valor do contrato em questão foi devolvido aos cofres da União (fls. 523/533).

Além disso, diz não saber o motivo pelo qual o seu advogado não informou sua mudança de endereço, fato este que, indevidamente, acarretou a decretação da revelia (fls. 254).

Pugna, por fim, pela extinção da punibilidade pela decretação da prescrição retroativa, nos termos do art. 110, § 2º, Código Penal.

A douta Procuradoria Regional da República da 5ª Região opinou pela improcedência da presente revisional (fls.711/713).

Ao eminente Revisor, na forma do artigo 182 do Regimento Interno.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

Há, nos autos, cópia da decisão atacada (fls. 613/63) e certidão do trânsito em julgado da sentença impugnada (fl. 656), atendendo-se, assim, ao disposto no § 1º, art. 625 do CPP.

Por sua vez, o autor levanta hipóteses enquadráveis no inciso I do art. 621 do CPP – “art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;” –, consubstanciadas em alegações de ofensa à coisa julgada, incompetência, prescrição retroativa e nulidade processual.

Conheço, pois, do pedido revisional, que passo a analisar nos capítulos seguintes:

### **1. Da alegada ofensa à coisa julgada:**

Para o autor, a sentença condenatória, prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, teria contrariado sentença absolutória proferida pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de João Pessoa, na Ação Penal nº 2009.722.3859-2 (fls. 500/522).

Vejamos o que foi objeto de cada uma dessas ações: 1) na Justiça Estadual, o autor foi absolvido da imputação que lhe foi feita pelo crime de estelionato praticado contra a Administração estadual (arts. 171 e 316 do Código Penal), por ter supostamente “apresentado propostas perante a Comissão de Licitação contendo superfaturamento de preços nos instrumentos [musicais] relacionados e submetidos à concorrência” (cf. sentença de fls. 500/507); 2) na Justiça Federal, o autor foi condenado pelo crime pre-

visto no art. 96, II, da Lei de Licitações, por ter fornecido, como nova, mercadoria usada (cf. cópia da sentença, fls. 613/630 e 520).

Ora. O superfaturamento da proposta, que foi descartado pela Justiça Estadual, não se confunde com o defeito da mercadoria vendida à Administração, que levou à condenação do autor na Justiça Federal. E, sendo diversos os fatos de que trataram as duas ações, a primeira sentença (a da Justiça Estadual) não é apta a fazer coisa julgada em relação à sentença superveniente, i.e., a que foi prolatada pela Justiça Federal. Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSTAURAÇÃO DE DUAS AÇÕES PENAIS. JUSTIÇAS ESTADUAL E FEDERAL. ABSOLVIÇÃO EM UMA E CONDENAÇÃO EM OUTRA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. IDENTIDADE DE FATOS NÃO DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO PELO JUÍZO COMPETENTE. AÇÕES QUE TRAMITARAM CONCOMITANTEMENTE. ORDEM DENEGADA.*

1. Muito embora se alegue ter sido o paciente processado pelos mesmos fatos em duas ações penais diversas, uma na Justiça Estadual e outra na Justiça Federal, sendo absolvido na Justiça Estadual, cuja sentença transitou em julgado primeiro, se a leitura da denúncia formulada na Justiça Estadual não permite concluir que o crime de associação para o tráfico nela narrado refere-se à mesma conduta imputada ao paciente na Justiça Federal, e não se juntou aos autos a sentença ali proferida, não há como reconhecer o apontado constrangimento ilegal.

2. Mesmo se ficasse demonstrado que a acusação feita ao paciente nas duas ações penais refere-se à mesma conduta delituosa, vale dizer, associação para o tráfico internacional de entorpecentes, é evidente a competência da Justiça Federal, não se revelando possível fazer prevalecer a decisão proferida por Juízo incompetente em detrimento daquela prolatada pelo Juiz natural da causa, notadamente porque os feitos tramitaram concomitantemente.

3. *Habeas corpus* denegado.

(STJ, HC 49.729, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6ª Turma, DJ08.09.2008).

Ademais, registro que o Tribunal de Justiça da Paraíba, ao negar provimento à apelação criminal interposta pela acusação contra a

sentença absolutória, decidiu, expressamente, pela rejeição do pedido de se modificar a capitulação do ilícito, de estelionato para os crimes contra a licitação previstos no art. 96, I e II, da Lei nº 8.666/93 (cf. acórdão de fls. 515/519). Confira-se o trecho abaixo do acórdão proferido pelo TJ/PB:

A douta Procuradoria, em seu parecer, entende que a douta Promotoria laborou em equívoco quanto à tipificação do ilícito, já que a denúncia descreve a conduta do apelante Carlos Fernando Cordeiro de Melo nas sanções do art. 96, I e II, da Lei 8.666/93, o que possibilita o *emendatio libelli* e pede a manutenção da sentença quanto aos demais.

(...)

Deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia, ou seja, o fato imputado ao réu e o fato pelo qual é ele condenado.

Ocorre, porém, que, analisando a denúncia e a sentença, não vislumbro a ocorrência do *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do CPP, já que há uma perfeita sincronia entre o fato descrito na exordial com a capitulação [art. 171 do CP].

Inclusive com relação aos ilícitos acima mencionados (art. 96, I e II, da Lei 8.666/93), o Juiz *a quo* bem analisou, vejamos:

“No mesmo norte, não entrevejo ilícito punível na ação protagonizada pelo réu CARLOS FERNANDO CORDEIRO DE MELO, no que se refere à apresentação de propostas perante a Comissão de Licitação, contendo ‘superfaturamento de preços’ nos instrumentos relacionados e submetidos à concorrência. Ora, tal conduta fatalmente o levaria a ser alijado da competição se, porventura, a Comissão de Licitação tivesse desempenhado a contento o seu mister, o que sabidamente não ocorreu’.

(...).

Assim, não assiste razão à douta Procuradoria quanto ao pedido do *emendatio libelli*.

Na verdade, diante do excerto acima, tudo quanto se pode dizer de coisa julgada no caso presente é que o v. aresto proferido pelo TJ/PE fez coisa julgada material com relação ao reconhecimento de que a ação penal que tramitou na Justiça Estadual não se referiu à suposta prática de crimes contra a licitação.

Sendo assim, a sentença revisanda não merece ser rescindida por ofensa à coisa julgada.

## **2. Da competência para processar e julgar a ação penal de origem:**

O autor aduz a competência exclusiva da Justiça Estadual para processar e julgar as ações penais que versam irregularidades na aplicação de verbas repassadas aos Estados mediante convênios celebrados com a União, mormente quando o prejuízo ao Erário federal tiver sido ressarcido, como no caso dos autos (fls. 523/533).

Todavia, a “regra de ouro” para determinar-se a competência para a apreciação de casos de fraudes ou desvios de verbas federais repassadas aos Estados ou Municípios é a sujeição de tais verbas a prestação de contas perante órgão federal.

Aliás, a questão é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, como se vê no Enunciado nº 208 da Súmula daquela Alta Corte:

Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

E o mesmo se diga da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. DENÚNCIAS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A UNIÃO (ART. 1º, INC. II, DO DL 201/67). ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE BIS IN IDEM, UMA VEZ QUE O MESMO FATO OBJETO DA AÇÃO PENAL JÁ TERIA SIDO APRECIADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL.*

Hipótese em que a execução do convênio foi submetida à fiscalização do Ministério da Ação Social e do Tribunal de Contas da União, circunstância suficiente para demonstrar o interesse da União no bom e regular emprego dos recursos objeto do repasse e, conseqüentemente, o acerto da aplicação, ao caso, da norma constitucional de competência sob enfoque (art. 109, IV, da CF).

Inexistência de comprovação de que a alegação de *bis in idem* tenha sido suscitada perante o Superior Tribunal de Justiça, que sobre ela não se manifestou.

*Habeas corpus* conhecido em parte e nessa parte indeferido.

(HC 81994/SP, Rel. Ministro Ilmar Glavão, 1ª Turma, v.u, DJ06.08.2002).

No caso concreto, a fraude imputada ao autor ocorreu na licitação para a compra de uma flauta destinada à Orquestra Sinfônica da Paraíba, com recursos repassados pelo Ministério da Cultura ao Estado da Paraíba mediante o Convênio nº E-088/96 - SE (fls. 453/459), cuja cláusula terceira atribui à concedente – isto é, à União, por meio do Ministério da Cultura – o dever de fiscalizar e verificar a exata aplicação dos recursos repassados, bem assim a avaliação da execução do convênio (fl. 454), consubstanciando-se, assim, o interesse da União, nos termos da Súmula nº 208/STJ, de modo a firmar-se a competência da Justiça Federal, em conformidade com o inciso IV, art. 109, da CF/88.

### **3. Da prescrição retroativa:**

O autor considera violados, na sentença, os arts. 109, IV, e 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, no que tange à suposta prescrição retroativa.

No caso, tendo sido aplicada ao autor a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção, o prazo prescricional é de 8 (oito) anos, a ser contado retroativamente a partir da data da consumação do delito, levando-se em conta os marcos interruptivos, que são o recebimento da denúncia e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O crime do inciso II do art. 96 da Lei nº 8.666/93 - “fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação (...) vendendo como verdadeira ou perfeita mercadoria falsificada ou deteriorada” – é consumado no momento em que se verifica o prejuízo efetivo da Fazenda Pública, o que *in casu* ocorreu em 24.12.1996, com a entrega do instrumento musical defeituoso, que foi pago em 26.12 daquele mesmo ano, conforme a nota fiscal encaminhada à Secretaria Estadual de Cultura (fls. 83v), e as declarações prestadas por diversos servidores da mencionada Secretaria e da Orquestra Sinfônica da Paraíba (fls. 84/114), referenciadas na sentença revisanda às fls. 622/623.



Pois bem. Entre a data do fato (26.12.1996) e o recebimento da denúncia em 25.07.2000 (fl. 143v), passaram-se apenas 3 (três) anos e 7 (sete) meses. E do aludido marco interruptivo, previsto no art. 117, I, do CP, até o trânsito em julgado da decisão para a acusação, em 26.03.2007, fl. 656, decorreram 6 (seis) anos e 8 (oito) meses.

Assim, considerando-se a pena aplicada ao ora autor, bem assim a data da consumação do fato delituoso, além das datas do recebimento da denúncia e do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há falar em prescrição.

#### **4. Da nulidade do processo:**

A última questão a ser analisada refere-se às alegações de que o autor mudou de endereço, mas seu advogado não fez a devida comunicação do fato ao Juiz, que não teria esgotado as tentativas de encontrá-lo antes de decretar a sua revelia, causando prejuízo à defesa.

É consabido que não há nulidade sem prejuízo, inclusive quando, no processo penal, há falta de defesa, consoante o disposto na Súmula nº 523 do STF: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Vejamos o que, da documentação juntada pelo autor, se pode dizer do *iter* processual da ação penal de origem:

a) citação, em 06.11.2000 (fl. 146v), interrogatório, em 30.11.2000 (fls. 153/155) – na presença do advogado de defesa, o Dr. Fernando Ferraz Gonçalves Sobrinho, OAB/PE nº 13.349 (cf. procuração, fl. 156) – e defesa prévia (fls. 157/159), na qual o foram refutadas as acusações, juntados documentos e arroladas testemunhas;

b) marcada a audiência de inquirição das testemunhas para o dia 15.10.2001, mas o réu não foi localizado pelo oficial de justiça (cf. certidão, fls. 222v), tendo comparecido o advogado de defesa, que foi intimado da nova audiência aprazada para o dia 28.01.2002 (fls. 232/238);

c) na audiência do dia 28.01.2002, fizeram-se ausentes o réu

(ora autor) – que não foi encontrado pelo oficial de justiça (cf. certidão, fls. 256) – e seu advogado, tendo sido decretada a revelia, a pedido do MPF, nomeado defensor *ad hoc* e marcada nova audiência para o dia 02.02.2004 (fls. 254/255);

d) o defensor *ad hoc* não foi encontrado pelo oficial de justiça (fl. 277), por isso, na audiência de 02.02.2004, foi nomeado novo advogado dativo para o réu e, diante do informe trazido por um dos advogados presentes, segundo o qual o patrono original do acusado, o Dr. Fernando Ferraz Gonçalves Sobrinho, havia falecido (fls. 279/280), o Juiz solicitou informações à OAB, contudo, não há nos autos desta revisional a resposta da Ordem (fls. 293 e 298);

e) audiência de ouvida das testemunhas de defesa marcada para o dia 30.11.2004, intimado o defensor dativo (fls. 299 e 307v), que não compareceu (fls. 368/369);

f) audiência remarcada para o dia 19.07.2005, tendo sido intimado o defensor (fl. 412v), mas nada se pode dizer da última audiência porque o autor da presente revisional não juntou o respectivo “termo de assentada”;

g) apresentadas alegações finais da acusação (fls. 552/558) e da defesa do ora autor (fls. 566/572), tendo-se, nesta, levantado questões relativas à ofensa à coisa julgada, à incompetência da Justiça Federal em face da devolução dos valores do Convênio nº E-088/96-SE e, ainda, à absoluta falta de prova

h) em 20.11.2006, diante da constatação de que o documento de identificação civil do ora autor fora emitido no Pará, o juízo sentenciante solicitou à Justiça daquele Estado as certidões de antecedentes criminais do acusado, no intuito de viabilizar a fixação da “medida justa da pena e a aferição dos requisitos autorizadores de vários benefícios penais” (fls. 577/578);

i) certidões de antecedentes criminais protocoladas em 27.12.2006 (fls. 592/596), nas quais consta o novo endereço do ora autor;

j) sentença condenatória, publicada no dia 01.06.2007 (fl. 642), condenando o acusado Carlos Fernando Cordeiro de Melo

(ora autor) à pena privativa de liberdade de 3 anos e 4 meses de detenção e 48 (quarenta e oito) dias-multa pela prática do delito previsto no art. 96, II, da Lei nº 8.666/93 (fls. 613/630 e 520);

- k) a defesa opôs embargos de declaração, alegando omissão quanto à prescrição retroativa (fls. 640/641), os quais foram rejeitados, porque a sentença ainda não havia transitado em julgado e, se fosse o caso, o reconhecimento da prescrição caberia à Segunda Instância ou ao Juízo das execuções penais; dessa sentença foram sido intimados o defensor (fl. 651) e o réu – este por edital (cf. certidão de fl. 642) –, que não apelaram;
- l) com o trânsito em julgado da sentença (27.08.2007, fls. 656), o juízo sentenciante designou a audiência admonitória para o dia 13.02.2008 (fl. 665), mas, intimado por edital (fls. 671), o apenado deixou de comparecer (fl. 674);
- m) o Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba informou o verdadeiro endereço do ora autor (fl. 689), no qual foi intimado da nova data audiência admonitória (01.10.2008);
- n) o réu apresentou, em 13.08.2008, procuração do seu novo advogado (fls. 702) e, com este, compareceu à audiência admonitória (fl. 680).

Pois bem. O Juiz até poderia ter oficiado à Justiça Eleitoral ou à Justiça paraense ainda na fase de inquirição das testemunhas, quando o réu deixou de ser encontrado no endereço que constava dos autos da ação penal. Na verdade, tais providências só foram tomadas depois de apresentadas as alegações finais.

Mas não faltou defesa ao réu, aqui autor, que em todas as fases do processo foi assistido por defensores – constituídos, *ad hoc* ou dativos –, os quais apresentaram alegações finais e opuseram embargos declaratórios com os mesmos argumentos levantados na presente revisional. A atuação da defesa na ação penal foi, ao menos, equivalente à dos advogados atualmente constituídos pelo autor desta revisão criminal, não havendo falar, portanto, em prejuízo apto a nulificar do processo de origem por falta, deficiência ou cerceamento de defesa.

Nesse sentido colho recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO RECONHECIMENTO. DEFENSOR DATIVO. DEFESA PRÉVIA E ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS. ATUAÇÃO DE ACORDO COM O ART. 404 DO CPP. PREJUÍZO. AUSÊNCIA.

1. Segundo reiterado entendimento jurisprudencial albergado na Súmula 523 do STF, a alegada deficiência de defesa técnica, para o fim de anular o processo, deve demonstrar o efetivo prejuízo, o que, na espécie, não se comprova ante a regular atuação do defensor dativo.

2. Ordem denegada.

(STJ, HC 65669/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, v.u, DJ03.08.2009).

Ainda, quanto à atuação do defensor dativo, registro que este não está obrigado a recorrer da sentença condenatória, segundo o princípio da voluntariedade plasmado no seguinte dispositivo do Código de Processo Penal:

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder *habeas corpus*;

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

Confira-se, a respeito do tema:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 306, TODOS DA LEI Nº 9.503/97, C/C O ART. 70 DO CÓDIGO PENAL. DEFENSOR DATIVO. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - A deficiência na defesa do réu é nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da efetiva demonstração do prejuízo sofrido pelo acusado em decorrência da má atuação de seu defensor.

II - A defesa prévia é peça processual que, tradicionalmente, não se presta a enfrentar o mérito da causa, sendo, portanto, prescindível (Precedentes).

III - Ademais, a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523/STF (Precedentes do STJ).

**IV - Além disso, a não interposição de apelação contra sentença condenatória por parte do defensor, mesmo dativo, não acarreta, por si só, ofensa ao princípio da ampla defesa, pois não é ele obrigado a recorrer (Precedentes do STF e do STJ).**

V - *In casu*, tratava-se de réu confesso, tendo sido a confissão corroborada por laudos periciais e declarações de testemunhas arroladas pela acusação, resultando em condenação a pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, substituída por duas penas restritivas de direito, e suspensão, pela metade do prazo fixado para a pena principal, da habilitação. Recurso desprovido.

(STJ. RHC 23699 / SP. Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., DJ 03.11.2008)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PENA DE MULTA. NEGATIVA DE AUTORIA. INIDONEIDADE DE PROVAS. DEFICIÊNCIA DA DEFESA A CARGO DE ADVOGADO DATIVO. FALTA DE ARRAZOAMENTO DA APELAÇÃO. FIXAÇÃO DE PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO. ATIPICIDADE. CRIME DE DESACATO (ART. 331 DO CP). NULIDADES INOCORRENTES.

O *habeas corpus* limita-se a tutelar a liberdade de locomoção, a qual não se compromete diante da imposição da pena de multa, considerando que inexistente na espécie, probabilidade da conversão, a que alude o art. 51 do Código Penal.

A celeridade própria ao rito não permite o exame aprofundado de matéria probatória, tal qual necessário quando se contesta a condenação sob o prisma da negativa de autoria ou de materialidade delitiva.

**Firmada, no âmbito desta Corte, a orientação contrária a tese da obrigatoriedade de o advogado dativo recorrer da sentença condenatória (RHC n. 61716 e n. 67301), e de se considerar insuficiente para caracterizar a condição de réu indefeso a alegação isolada**

**de falta de arrazoamento do recurso interposto pelo próprio defensor.**

Motivada a aplicação da pena e do regime de cumprimento, de acordo com os preceitos legais, descabe, na via eleita, reexaminar a decisão sob o critério de justiça.

O crime de desacato esta em tese configurado, ainda quando o funcionário público não esteja no exercício da função, mas desde que a ofensa seja dirigida *propter officium*, como autoriza a parte final do art. 331 do Código Penal.

*Habeas corpus* parcialmente conhecido e indeferido.

(STF. HC 70725/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, v.u., DJ 10.06.1994).

Idêntico raciocínio, que pode ser resumido no brocardo francês *pas de nullité sans grief*, vale no que se refere à afirmação de que o autor não teve culpa pela falta de comunicação da mudança do seu endereço, pois, de um lado, o autor não prova a sua alegação, de outro lado, não demonstra o prejuízo causado pela decretação da sua revelia.

Confiram-se, a respeito, os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NO EXERCÍCIO DA DEFESA E NULIDADE DE INTIMAÇÃO EDITALÍCIA NÃO CONFIGURADA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA.

1. Não se mostra deficiente a atividade desenvolvida por defensor nomeado a réu revel que cumpre com todas as suas obrigações, inclusive comparecendo à oitiva das testemunhas arroladas na denúncia, postulando ao final a absolvição por falta de provas.

**2. Correta a intimação da sentença condenatória por edital, se o acusado muda de endereço sem comunicar ao Juízo processante.**

3. Não é hediondo o crime de atentado violento ao pudor praticado com presunção de violência.

4. Recurso parcialmente provido.

(STJ. RHC 11675 / PR, Relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, v.u., DJ 18.02.2002)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RÉU AGRA-

CIADO NO CURSO DO PROCESSO COM O BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. MUDANÇA DE MUNICÍPIO SEM PRESTAR A DEVIDA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO PROCESSANTE. ÔNUS DO ACUSADO. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA IDÔNEA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Comprovado, na hipótese, que o paciente, no gozo do benefício da liberdade provisória, mudou de endereço sem avisar o juízo de direito, como bem confessou o seu representante legal, nas razões recursais, tem-se que a intimação editalícia é meio idôneo para o cumprimento do ato processual, porquanto, a teor do disposto no art. 565 do Código de Processo Penal, “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”.

2. Não houve cerceamento da defesa do paciente, pois, consoante se infere dos autos, o defensor constituído do réu foi intimado da sentença condenatória, não tendo sido interposto qualquer recurso e, por conseguinte, transitada em julgada a condenação, exclusivamente, por inércia da defesa.

3. Precedentes do STJ.

4. Recurso desprovido.

(STJ. RHC 17639 / RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, v.u, DJ 29.08.2005).

Por fim, quanto à notícia do falecimento do primeiro advogado constituído pelo ora autor na ação penal, tudo quando se pode dizer é que a assertiva se ressentia de comprovação, mas, se o óbito realmente acontecera, caberia ao então réu comunicar o fato ao Juiz e regularizar sua representação processual, não podendo alegar prejuízo se não tomou essas providências.

Aliás, o STF e o STJ rejeitaram semelhantes alegações de nulidade processual, como se depreende dos arestos abaixo:

Defesa: acusado com dois defensores constituídos, dos quais um veio a falecer antes do julgamento: a publicação da pauta, três anos após o falecimento, da qual constou apenas o nome do advogado falecido e a expressão “e outro”, **não gera nulidade se para o fato concorreu a defesa, que deixou de comunicar oportunamente o falecimento** (C. P. Penal, art. 565): precedentes.

(STF. HC 84920 / RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* 10.06.2005)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO. PLURALIDADE DE ADVOGADOS. PUBLICAÇÃO NO NOME DO ADVOGADO FALECIDO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE INEXISTENTE. ART. 263, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. INADMISSIBILIDADE.

I - Havendo pluralidade de advogados da mesma parte e inexistindo pedido para que as publicações sejam efetuadas em nome de advogado específico, não é irregular a intimação onde figure apenas o nome de um deles.

II - Nos termos do artigo 236, § 1º, do Código de Processo Civil, devem as intimações ser publicadas de modo a permitir a inequívoca identificação das partes e de seus advogados.

**III- Considera-se válida a intimação se a parte não informou o falecimento de seu patrono, nem regularizou sua representação processual.**

IV - Consoante dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria à rediscussão do mérito da causa, tampouco para prequestionar aplicação de dispositivos constitucionais.

Embargos de declaração rejeitados.

(STJ. EDcl no REsp 526570 / AM, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, v.u, *DJ* 10.04.2006).

Dessarte, considerando-se a insubsistência das alegações de ofensa à coisa julgada, incompetência, prescrição retroativa e nulidade processual, julgo improcedente o presente pedido revisional.

É como voto.



## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO PENAL PÚBLICA**

250-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	13
--------	--	----

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

6276-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	20
---------	--	----

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

84472-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	28
94885-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	42
103035-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	52
104130-PE	Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo (Convocado) .....	58

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

3974-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	64
9698-AL	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	76

### **APELAÇÃO CÍVEL**

395027-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	86
420361-PB	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	99
423481-PE	Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo (Convocado) .....	112
426771-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	117
438813-CE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti .....	144
440543-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	208
444280-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	233
468255-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	240
487049-AL	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	247
491191-CE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	258
494279-SE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	267
496972-SE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	281

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

5661-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	291
6101-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	322

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

95809-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	331
----------	--	-----

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

1745-SE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	339
---------	--	-----

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL**

6205-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	345
---------	--	-----

## **REVISÃO CRIMINAL**

64-PB	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	369
-------	---	-----

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

- Ct, Adm e PrCv Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prefeito municipal. Obra de contenção da orla marítima de Olinda. Convênio com a União. Dispensa motivada de licitação. Caráter emergencial. Fracionamento da obra necessário para a execução do serviço de engenharia. Transferência de valores da conta do convênio para a conta da prefeitura. Pagamento do funcionalismo municipal. Execução da obra com recursos da prefeitura em substituição às verbas do convênio. Ausência de dolo ou de prejuízo para o patrimônio público. Não configuração de ato de improbidade. AC 426771-PE ..... 117
- Cv e Adm Ação contra cobrança de taxas de ocupação, foro anual, multas, laudêmio etc. Terreno outrora tido como “não de marinha”, submetido a posterior reclassificação. Procedimento administrativo editalício. Validade, ainda que a decisão seja sindicável judicialmente. Cerceamento em juízo do direito de defesa. Anulação da sentença para instrução. AC 468255-AL ..... 240
- PrCv Ação de improbidade administrativa. Superintendente Regional da CONAB. Sindicância administrativa eivada de vícios. Validade da prova para fins de convencimento do magistrado. Desnecessidade de instauração de inquérito civil. Utilização de veículo de serviço da CONAB para fins particulares. Comprovação. Supressão de mecanismos de controle do veículo. Rodagem excessiva. Não recolhimento do automóvel à sede da CONAB durante a noite e duran-

	te os fins de semana. Conduta dolosa por parte do apelante. Manutenção da condenação do Juízo singular. AC 440543-PE ..... 208
Adm e PrCv	Ação de improbidade administrativa movida contra o Presidente do CREA/CE, em virtude da emissão de portaria anulatória de processo licitatório, supostamente legítimo. Agravo de instrumento contra a decisão que recebeu a inicial da ação. Reconhecimento da validade da portaria em decisões desta Corte. Provimento do agravo. AgTr 94885-CE ..... 42
PrCv e Ct	Ação ordinária visando a afastar a aplicação da reserva de vagas para o vestibular da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, no percentual de vinte por cento, destinadas aos estudantes afrodescendentes oriundos de escolas públicas. Conduta administrativa que afronta o princípio da legalidade. AC 487049-AL ..... 247
PrCv	Ação rescisória. Sentença que reconheceu o direito da CEF de reaver imóvel de propriedade da própria CEF. Alegação de erro de fato. Inexistência. Ausência de comprovação. Pedido de rejugamento da lide que extrapola os limites da decisão. Improcedência do pedido rescisório. AR 6276-CE ..... 20
Adm	Agravo de instrumento contra decisão que recebeu a inicial de ação civil pública pela prática de ato de improbidade atribuído à agravante, consubstanciado na distribuição, com fins eleitorais, de alimentos do programa “Família Alimentada”, mantido com recursos públicos do SESI, quando era can-



didata ao cargo de prefeito municipal. Ato de improbidade administrativa que será sempre, por definição legal, praticado por um agente público. Distribuição de alimentos durante a campanha eleitoral de 2004, em benefício da candidata, ora agravante, que pode constituir infração eleitoral, mas não ato de improbidade administrativa. Agravo de instrumento provido para trancar, em relação à agravante, a ação civil pública de improbidade administrativa. AgTr 84472-CE ..... 28

Prev Aposentadoria. Renúncia. Contagem do tempo para obtenção de nova aposentadoria. Possibilidade. Direito de opção do segurado. Devolução de valores. Não cabimento. APELREEX 3974-RN ..... 64

Adm e Prev Auditor Fiscal da Receita Federal. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Divisão em partes iguais entre a viúva e o companheiro. Reconhecimento de união estável. Dependência econômica presumida. Concessão da cota parte do benefício ao companheiro. AC 395027-RN ..... 86

## C

Adm Concurso público. Professor efetivo assistente. Direito à nomeação. Cargo público. Realização de novo certame dentro do prazo de validade do anterior. Disciplinas diversas. Professores substitutos contratados temporariamente. Funções públicas. Ausência de direito da autora à nomeação. AC 494279-SE ..... 267

PrCv Conflito negativo de competência. Vara de Juizado Especial Federal. Vara Federal. Ação de revisão contratual. Financiamento de crédito estudantil. Valor atribuído à causa abaixo de 60 salários-mínimos. Matéria cível. Competência do Juizado Especial Federal. CC 1745-SE ..... 339

Pen e PrPen Crimes de concussão e de porte ilegal de arma de fogo. Fiscais do IBAMA. Exigência de pagamento para concessão de licença ambiental. Porte, por um dos acusados, de arma de fogo sem autorização. Preliminar de cerceamento de defesa consubstanciado na ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas. Não acolhimento. Crime de concussão em relação a ambos os apelantes. Delito formal. Conjunto probatório sólido a comprovar a autoria e a materialidade delituosas. Arma de fogo encontrada no interior da viatura do IBAMA utilizada em serviço pelo acusado (fiscal). Conduta que configura posse de arma, não sendo elementar do tipo penal do porte. Atipicidade da conduta. Afastada a condenação pelo de porte ilegal. ACr 5661-CE ..... 291

## D

Pen e PrPen Deputado estadual. Desvio de verbas públicas. Quantia repassada pelo Ministério do Bem-Estar Social a uma associação comunitária. Obtenção indevida de trinta por cento do total repassado à associação utilizando-se conta-corrente de terceiro para a movimentação dos valores. Peça delatatória que preenche os requisitos legais para o seu

recebimento. Procedência da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade do réu pelo advento da prescrição. APn 250-CE ..... 13

## E

PrPen Embargos de declaração. Crimes de informática. Furto qualificado. Fraudes através da *Internet*. Transferência fraudulenta de dinheiro para a conta de terceiros e para pagamento de boletos bancários. Crimes praticados por ex-policiais. Concussão. Reapreciação de provas. Incabimento em sede de embargos declaratórios. Omissão quanto à redução da pena de multa para guardar consonância com a pena privativa de liberdade, quanto ao disposto no CP, art. 155, § 2º e quanto ao exame da suposta inconstitucionalidade dos arts. 9º e 10º da Lei nº 9.034/95. Omissões supridas, com efeitos infringentes, apenas para reduzir a pena de multa de um dos embargantes. ED na ACr 6205-PE ..... 345

PrCv e Trbt Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento líquido da empresa. Ausência de outros bens desembaraçados passíveis de constrição eficaz. Razoabilidade do percentual de 2%. Indicação de imóvel. Licitude da rejeição ante a incidência de outras penhoras que ultrapassam o valor do bem e a não garantia do pagamento da dívida. AgTr 104130-PE ..... 58

## I

Trbt Imposto de renda. Isenção. Rendimentos decorrentes de prestação de serviços às Nações Unidas através do Programa das

Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Benefício restrito a determinadas categorias de funcionários internacionais estatutários. Requisitos não comprovados pela autora. Inexistência de direito à isenção. AgTr 103035-PE ..... 52

## M

Ct e Adm      Mandado de segurança. Concurso público. Posse do candidato em cargo público faltando poucos dias para a atingir a idade mínima exigida. Aplicação da CF, art. 7º, XXXIII. Exercício do cargo condicionado ao atingimento da idade de dezoito anos. APEL-REEX 9698-AL ..... 76

## P

Prev            Pensão especial. Hanseníase. Legitimidade dos autores. Exaurimento das vias administrativas. Desnecessidade. Doença estigmatizante. Legitimidade do INSS. Ausência de prontuários médicos. Compulsoriedade dos internamentos. Direito à pensão. AC 496972-SE ..... 281

Adm            Pensão militar. Rateamento do benefício entre a viúva e filhos havidos fora do casamento. Possibilidade. Habilitação dos filhos não efetivada. Restabelecimento do benefício no valor integral para a viúva. AC 444280-PE ..... 233

Trbt            *Poll* hoteleiro. Sociedade em conta de participação. Imposto de renda. Normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Contribuição social sobre o lucro líquido. Apli-

cação das mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda de pessoa jurídica. Alíquotas previstas na legislação em vigor. Contribuições para o PIS e para a COFINS que têm como base de cálculo o faturamento. AC 420361-PB ..... 99

Adm e PrCv Privatização do Banco do Estado do Ceará. Violação pela MP 2.192-70/2001 ao princípio da moralidade. Manifestação do Pretório Excelso. Disponibilidade de caixa. Edital de venda do BEC. Afronta ao princípio da licitação. Inexistência. Ofensa ao princípio da publicidade. Não ocorrência. Aprovação do terceiro termo aditivo de rratificação ao contrato de abertura de crédito e de compra e venda de ações sob condição pelo Senado Federal. Reapreciação pela Casa Legislativa após decisão do STF. Desnecessidade. AC 438813-CE ..... 144

Cv Programa de arrendamento residencial. Água da cisterna do imóvel contaminada por coliformes. Necessidade de avaliação prévia da segurança do imóvel. Danos morais. Ocorrência. Problemas de saúde. Estado de intranquilidade e momentos de privação de água. Valor da indenização. Julgamento *ultra petita*. Redução. Adequação aos termos do pedido. AC 491191-CE ..... 258

## R

Ct e Adm Responsabilidade objetiva do Estado. Inscrição de servidora municipal à disposição do TRT 6ª Região no CADIN pelo não ressarcimento de verbas recebidas indevidamente. Culpa exclusiva da vítima. Ausência de direito à indenização. AC 423481-PE ... 112

PrPen Revisão criminal. Inexistência de ofensa à coisa julgada. Competência da Justiça Federal. Inocorrência de prescrição. Ausência de nulidade processual. Improcedência da revisão. RvCr 64-PB ..... 369

Pen e PrPen Roubo qualificado. Invasão de domicílio. Posse ilegal de arma. Negativa de autoria. Cumprimento de pena anterior em regime fechado. Réu encontrado fora da penitenciária. Indícios suficientes de autoria. Dosimetria da pena. Continuidade delitiva. ACr 6101-RN ..... 322

**S**

Trbt Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. Pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental. Impossibilidade de inclusão no SIMPLES. AMS 95809-CE ..... 331